Heft 51/52 (Bg. 450–461, S. 3593–3688) 64. Jahrgang Leipzig 21./28. Dezember 1935

23. DEZ. 1935
Dr. Wolfgang Sperl
Rechtsanwalt

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R.,
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin
Alle Zuschriften für den Textteil nur an die Schriftleitung Berlin W 35, Lützowufer 18 II (Fernruf Kurfürst 6 1, 3718)

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 2.50. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 2.— festgesetzt. Einzelhefte kosten M. 1.—
Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13 (Fernruf 72566)
und Berlin SW 48, Hedemannstr. 14 (Fernruf Bergmann F 5, 217)

In den nächsten Tagen erscheint:

Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung

nebst Ausführungsvorschriften

Erläutert von **Dr. Martin Jonas**, Ministerialrat im Reichsjustizministerium

1936 Umfang etwa 64 Seiten Preis: Etwa RM. 2.—

Das neue Gesetz stellt die bisher im wesentlichen freie geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten unter eine örtlich gebundene Erlaubnispflicht. Das Gesetz, das die Voraussetzungen für die Erlaubnis, die Ausnahmen usw. regelt, ist für alle, die sich mit der Rechtsberatung, Steuerberatung usw. befassen, in Zukunft das Grundgesetz ihrer beruflichen Betätigung.

Verlag Franz Vahlen / Berlin W 9

An die Bezieher der „Juristischen Wochenschrift"

Vom 1. Januar 1936 ab ist eine weitere Ausgestaltung der „Juristischen Wochenschrift" vorgesehen. In Sonderbeilagen sollen hin und wieder größere Abhandlungen über einzelne Rechtsgebiete, welche für die berufliche Arbeit des Rechtswahrers, insbesondere des Anwalts, erhebliche Bedeutung haben, als in sich abgeschlossene Schriften in einem Umfange von 32—64 Seiten veröffentlicht werden. Diese Beilagen werden als Ergänzungshefte zur „Juristischen Wochenschrift" nur den regelmäßigen Beziehern (nicht den Käufern einzelner Hefte) unentgeltlich geliefert.

Im Einzelbezug kosten die Ergänzungshefte RM. 2.— bzw. RM. 2.50, was einem Monatsbezugspreise der JW. entspricht.

Für die nächsten Monate sind vorerst folgende Ergänzungshefte vorgesehen, wobei die Reihenfolge noch vorbehalten bleibt.

1. Das Steuerstrafverfahren von RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.
2. Das Beitreibungsrecht des Armenanwalts aus § 124 ZPO. von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin.
3. Übersicht über die Rechtsprechung zum Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht sowie zu den einschlägigen Nebengesetzen von RA. Carl, Düsseldorf.

Diese Ergänzungshefte sollen für das einzelne Rechtsgebiet einen Überblick über Gesetzgebung und Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit geben und dürften darum für den in der Praxis stehenden Rechtswahrer ein wertvolles Hilfsmittel sein.

Herausgeber und Schriftleitung der Juristischen Wochenschrift

Bitte beachten!

Mit dem vorliegenden Doppelheft 51/52 schließt der Jahrgang 1935.

Das Register zu Band III wird voraussichtlich mit dem Heft vom 1. Februar 1936 ausgegeben.

Die Einbanddecke zu Band III ist Anfang Februar 1936 zur Lieferung fertig.

Das nächste Heft erscheint unter dem 4. Januar 1936.

Inhalt

Seite

Aufsätze

Umbruch im Kartellwesen und Kartellrecht. Von RA. Dr. Hans Peter Danielcik . . 3593
Zur wirtschaftswissenschaftlichen Ausbildung der Rechtsanwälte. Von RA. Dr. Dr. Megow 3594
Sind Betriebsausgaben eines Rechtsanwalts vor Praxisbeginn einkommensteuerlich abzugsfähig? Von RA. Dr. Dr. Megow . . 3595
Sind die Kosten eines Prozeßagenten bzw. eines in der Deutschen Rechtsfront organisierten Rechtsbeistandes in allen Fällen zu erstatten? Von AGR. und LGR. Dr. Aschoff 3596
Rechtsfragen aus der Wohlfahrtspraxis. Von Ass. Dr. jur., Dr. rer. pol. B. Gerl . . 3597
Naturschutz. Von RA. und Notar F. Kersten 3600
Zur Frage des Eigentumsvorbehaltes nach tschechoslowakischem Rechte. Von RA. Dr. Rolf Haller 3603
Das Wiederaufleben der vollen Ausgleichsforderung nach tschechoslowakischem Rechte. Von RA. Dr. Oswald 3603
9. Vollsitzung der Akademie für Deutsches Recht 3605
Aufgaben der Vollstreckungsgerichte bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 3607
Ergänzung der Richtlinien für die Behandlung erbschaftsteuerlicher und grunderwerbsteuerlicher Zweifelsfragen zur Reichserbhofgesetzgebung 3607
Zum Deutsch-Schweizerischen Verrechnungsabkommen. Von RA. Dr. Meyer-Wild . 3608
Schulungsblatt für Rechtsanwalts- und Notarangestellte 3608

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Unterbringung der Angestellten bisheriger jüdischer Notare 3608
Patentkongreß 3608
Reichsschatzmeister der NSDAP., Pg. Franz Xaver Schwarz, München, Ehrenmitglied des BNSDJ. 3608

Schrifttum

J. W. Reichert: Die Kartellgesetze der Welt. (Danielcik) 3609
Erich Becker: Diktatur und Führung. (Reuß) 3609
Kurt Emig: Deutsche Justiz und Verwaltung. (Reuß) 3610
Karl Schäfer: Strafgesetzbuch. (Albert Weh) 3610
Martin Rittau: Militärstrafgesetzbuch. (Karl Siegert) 3611
Werner Peterßen: Die Reform des Leichenschau- und Sektionsrechts. (Merkel) . . 3611
Kurt Bley: Über die Grundlagen des Rundfunkrechts. (Willy Hoffmann) 3612
Georg Volkhardt: Deutscher Gesetzesanzeiger. (Vogel) 3612

Rechtsprechung

(Übersicht des Inhalts unten)

Reichsgericht: Zivilsachen 3613
Strafsachen 3624
Oberlandesgerichte: Zivilsachen 3636
Strafsachen 3649
Landgerichte: Zivilsachen 3653
Reichsarbeitsgericht 3662
Arbeitsgerichte 3666
Reichsfinanzhof 3667
Pressegerichtshof 3674
Reichsversicherungsamt 3675
Preußisches Oberverwaltungsgericht . . . 3676
Badischer Verwaltungsgerichtshof 3684
Sächsisches Oberverwaltungsgericht 3687

Übersicht der Rechtsprechung

A.

I.

Bürgerliches Gesetzbuch

§§ 37, 42, 45, 47, 48, 49 Abs. 2 BGB. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines eingetragenen Vereins hat außer dem Verlust der Rechtsfähigkeit nach § 42 BGB. auch die Auflösung des Vereins zur Folge, falls die Satzung nicht sein Fortbestehen auch für diesen Fall vorsieht. Wahl der Liquidatoren. § 37 Abs. 2 BGB. gilt nicht für nicht rechtsfähige Vereine. Erteilung der Ermächtigung nach § 37 Abs. 2 BGB. KG.: JW. 1935, 3636 Nr. 14

§ 43 Abs. 2 BGB. Um als Idealverein zu gelten, muß ein Verein seinem Hauptzweck nach sittlich wertvollen Zielen dienen. Diese Voraussetzung trifft bei einem Unfallschutzverband eV. nicht zu. SächsOVG.: JW. 1935, 3687 Nr. 87

§§ 54, 1939, 2084, 2174 **BGB.** Die letztwillige Zuwendung eines Bruchteils des Vermögens an einen nicht rechtsfähigen Verein ist unter Umständen als Vermächtnis an die jeweiligen Mitglieder des Vereins auszulegen. Der Anspruch aus einem solchen Vermächtnis wird Vereinsvermögen, so daß der Vorstand über die Annahme oder Ausschlagung zu befinden hat. KG.: JW. 1935, 3638 Nr. 15

§§ 138, 823, 826 **BGB.;** GmbHG. Die für die sogenannte Scheingesellschaft bestehende Möglichkeit des Vorliegens eines Verstoßes gegen Gesellschafter- oder Geschäftsführerpflichten oder unerlaubter Handlungen zum Nachteil der GmbH. ergibt auch ohne weiteres die Möglichkeit, daß Verträge, die auf Verletzung der Geschäftsführerpflichten oder einer unerlaubten Handlung beruhen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind. RG.: JW. 1935, 3613 Nr. 1

§ 419 BGB.; §§ 864 Abs. 2, 866 ZPO.; §§ 6, 40 GBO. Haftet bei der Vermögensübernahme der Übernehmer mit einem übernommenen Grundstücksanteil, so kann der Gläubiger die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem übernommenen Bruchteil des Grundstücks verlangen; daß der Übernehmer als Alleineigentümer des ganzen Grundstücks eingetragen ist, steht nicht entgegen. OLG. Jena: JW. 1935, 3647 Nr. 24

§§ 573, 1124 BGB.; §§ 20, 21, 57, 148 ZwVerstG. Wirksamkeit vertragsmäßiger Mietvorausverfügungen. LG. Berlin: JW. 1935, 3654 Nr. 35

§ 626 BGB. Äußerungen eines Gefolgschaftsmitglieds über den Betriebsführer sind nicht abstrakt und losgelöst von allen Begleitumständen wägbarer und unwägbarer Art zu betrachten. ArbG. Hamburg: JW. 1935, 3666 Nr. 51

§§ 823, 826 BGB.; vgl. § 138 BGB. Scheingesellschaft. RG.: JW. 1935, 3613 Nr. 1

§ 824 BGB. Die unrichtige Behauptung der jüdischen Abstammung stellt eine unerlaubte Handlung dar, wenn sie in herabsetzender und kränkender Art und Weise erfolgt. KG.: JW. 1935, 3644 Nr. 20 (Anm.: Hoffmann)

§§ 862, 1004 BGB. Haftung des Verlegers wegen eines Presseartikels. Der aus diesen Gesetzesbestimmungen von der Rechtsprechung entwickelte Unterlassungsanspruch ist gegen den Verleger nicht ohne weiteres gegeben. Als „Störer" i. S. der §§ 862, 1004 BGB. ist der Verleger jedoch dann anzusehen, wenn er nichts unternommen hat und unternehmen will, um weitere Angriffe in den in seinem Verlage erscheinenden Presseerzeugnissen zu verhindern. KG.: JW. 1935, 3644 Nr. 20 (Anm.: Hoffmann)

§§ 1910, Abs. 1, 1944 BGB. Die Frist zur Ausschlagung einer Erbschaft wird, falls für den unbeschränkt geschäftsfähigen Erben ein Gebrechlichkeitspfleger bestellt ist, sowohl durch die Kenntnis des Erben selbst als auch durch die Kenntnis des Pflegers von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung in Lauf gesetzt. KG.: JW. 1935, 3641 Nr. 17

§§ 1939, 2084, 2174 BGB. Letztwillige Zuwendung an nicht rechtsfähigen Verein. KG.: JW. 1935, 3638 Nr. 15

§§ 2033, 2040, 184, 185 BGB. Haben die mehreren Erben über einen Nachlaßgegenstand gemeinschaftlich verfügt, ist jedoch die Wirksamkeit der Verfügungserklärung des einen Miterben wegen dessen Minderjährigkeit noch von der Genehmigung des VormGer. abhängig und wird vor dem Wirksamwerden dieser Genehmigung der Erbteil eines anderen Miterben gepfändet, so findet der Abs. 2 des § 184 BGB. keine Anwendung. KG.: JW. 1935, 3640 Nr. 16

§§ 2033, 2040, 873, 878 BGB. Verfügt ein Miterbe über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstücksrecht, dann kann seine Verfügungserklärung gemäß § 873 Abs. 2 BGB. bindend und gemäß § 878 BGB. dem Eingreifen einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung entzogen sein, obwohl die Mitwirkung der übrigen Erben noch aussteht. KG.: JW. 1935, 3640 Nr. 16

2. Handelsgesetzbuch

§§ 27, 31 Abs. 1, 105, 106, 161 **HGB.;** §§ 741 ff. BGB. Ein Handelsgeschäft kann von mehreren Erben des bisherigen Inhabers nur in einer der vom Handelsrecht dargebotenen Gesellschaftsformen fortgeführt werden; eine solche Fortführung ist, auch wenn sie auf Grund Auseinandersetzung unter den Erben nur durch einen Teil von ihnen erfolgt, von sämtlichen Erben zum Handelsregister anzumelden. KG.: JW. 1935, 3642 Nr. 18

§§ 105, 106, 161 HGB.; vgl. §§ 27, 31 Abs. 1 HGB. KG.: JW. 1935, 3642 Nr. 18

§ 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. ist nicht nur dem Schutz der AktG., sondern auch vor allem der Aktionäre zu dienen bestimmt und daher Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 HGB. RG.: JW. 1935, 3614 Nr. 2 (Anm.: H. Lehmann)

3. GmbH.-Gesetz

GmbHG. Scheingesellschaft; unerlaubte Handlungen zum Nachteil der GmbH. RG.: JW. 1935, 3613 Nr. 1

4. Genossenschaftsgesetz

§ 15 GenG. Eine Beitrittserklärung gemäß § 15 GenG. muß die Angabe der Genossenschaft enthalten, zu der der Beitritt erfolgt. KG.: JW. 1935, 3642 Nr. 19

5. Reichsstraßenverkehrsordnung

§ 27 RStraßVerkO. Der Vorfahrtberechtigte braucht nicht damit zu rechnen, daß sein Vor-

(Fortsetzung Seite 8)

fahrtrecht von anderen Verkehrsteilnehmern, insbes. von anderen Kraftfahrzeugen, nicht beachtet wird. OLG. Düsseldorf: JW. 1935, 3647 Nr. 23

6. Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen

§ 20 WbzG. Zur Frage der Verwechslungsgefahr. Der Einwand der Verwirkung gegenüber dem Löschungsbegehren greift nur durch, wenn das verletzende Warenzeichen Verkehrsanerkennung erlangt hat. LG. Berlin: JW. 1935, 3653 Nr. 34 (Anm.: Ulrich)

7. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

§ 3 UnlWG. Die Bezeichnung „Import" ist nicht zulässig bei Bezug aus einem Freihafengebiet. Zulässigkeit der Bezeichnung „Kaffee-Großrösterei". Zur Frage, wann Waren mit der Bezeichnung „überragende Qualität" angepriesen werden dürfen. Irreführende Ankündigung einer Beigabe. LG. Leipzig: JW. 1935, 3661 Nr. 45

8. Zugabeverordnung vom 9. März 1932

§ 1 Abs. 2 d ZugabeVO. v. 9. März 1932. Begriff „Handelsübliches Zubehör". Blechdosen sollen im allgemeinen nicht unter die Ausnahmebestimmung. LG. Leipzig: JW. 1935, 3661 Nr. 45

9. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

EGBGB. Zwischenstaatliches Privatrecht. Die Frage, welches Recht auf ein Schuldverhältnis aus Vertrag anzuwenden ist, beantwortet sich in erster Linie nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Parteiwillen; in zweiter Linie ist das Recht des Erfüllungsorts maßgebend. RArbG.: JW. 1935, 3665 Nr. 50

II.

1. Zivilprozeßordnung

§§ 99 Abs. 3, 511 ZPO. Durch ein die Hauptsache für erledigt erklärendes Urteil wird eine sachliche Entscheidung getroffen, wenn der Beklagte Klagabweisung beantragt hat. KG.: JW. 1935, 3644 Nr. 20 (Anm.: Hoffmann)

§§ 104 ff., 5, 717 ZPO. Betreibt der Kläger aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil die Kostenfestsetzung, so treffen ihn die Kosten einer von ihm im Kostenfestsetzungsverfahren eingelegten, durch Fortfall des bloß vorläufig vollstreckbaren Titels gegenstandslos gewordenen Beschwerde selbst dann, wenn die Beschwerde bis zum Fortfall jenes Titels sachlich begründet gewesen ist. OLG. Naumburg: JW. 1935, 3648 Nr. 25 (Anm.: Bach)

§ 106 ZPO.; §§ 4, 5 ArmAnwG. Kostenfestsetzung und Ausgleichung grundsätzlich einheitlich für den ganzen Prozeß. Feststellung des Erstattungsanspruchs der Staatskasse stets durch Urkundsbeamten erster Instanz. Verhältnis zwischen dem Verfahren nach § 4 ArmAnwG. und der Kostenausgleichung nach § 106 ZPO. KG.: JW. 1935, 3645 Nr. 21 (Anm.: Hn.)

§ 233 ZPO. Versehen eines Büroangestellten. Es ist nicht erforderlich, daß der Rechtsanwalt jede Mitteilung an die Partei über Berechnung und Notierung von Fristen persönlich hinsichtlich ihrer Richtigkeit kontrolliert, sofern er einen unbedingt zuverlässigen Büroangestellten mit der Wahrnehmung dieser Tätigkeit betraut hat und diese Arbeit überwacht. RG.: JW. 1935, 3622 Nr. 5

§ 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Unzutreffende Bezeichnung eines Rechtsmittels (Berufung statt Einspruch). Ehrenpflicht des Gerichts über formelle Bedenken bei einer rechtsunkundigen Partei hinwegzusehen. LG. Berlin: JW. 1935, 3657 Nr. 38

§§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 297 Abs. 1 ZPO. Schiedsgerichtsverfahren. RG.: JW. 1935, 3623 Nr. 6 (Anm.: Thomas)

§ 308 Abs. 1 ZPO. Schiedsgerichtsverfahren. RG.: JW. 1935, 3623 Nr. 6 (Anm.: Thomas)

§ 567 ZPO.; vgl. §§ 1, 4 ArmAnwG. KG.: JW. 1935, 3646 Nr. 22 (Anm.: Kubisch)

§ 717 ZPO.; vgl. §§ 104 ff. ZPO. OLG. Naumburg: JW. 1935, 3648 Nr. 25 (Anm.: Bach)

§§ 807, 899 ff. ZPO. i. Verb. m. § 18 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933. Mit dem Aussetzungsbeschluß gemäß § 18 a. a. O. läßt sich nicht der Widerspruch gegen die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides begründen. LG. Altona: JW. 1935, 3653 Nr. 32

§§ 864 Abs. 2, 866 ZPO. OLG. Jena: JW. 1935, 3647 Nr. 24

§§ 901, 915 ZPO.; Ges. zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. Keine vorzeitige Löschung im Schuldnerverzeichnis. Auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Ges. v. 13. Dez. 1934. LG. Berlin: JW. 1935, 3658 Nr. 39

§§ 1041, Abs. 1 Nr. 1, 1042 mit 253 Abs. 2 Nr. 2, 297 Abs. 1, 308 Abs. 1 **ZPO.** Was Gegenstand des Klagebegehrens sein soll, kann das Schiedsgericht, ohne an dem Wortlaut besonders gefaßter Anträge gebunden zu sein, aus der Gesamtheit des ihm unterbreiteten Streitstoffes entnehmen, und es darf dabei davon ausgehen, daß die Parteien von ihm eine wirtschaftlich zweckmäßige und praktische Erledigung des Streites verlangen. RG.: JW. 1935, 3623 Nr. 6 (Anm.: Thomas)

2. Gerichtsverfassungsgesetz

§ 13 GVG. Ansprüche eines Kommunalverbandes aus einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen. Solche Ansprüche sind nicht öffentlicher Natur, der Rechtsweg ist zulässig. RG.: JW. 1935, 3614 Nr. 3 (Anm.: Rumpf)

§ 13 GVG. Verträge zwischen Straßenbauunternehmer und Gemeinde. RG.: JW. 1935, 3619 Nr. 4 (Anm.: Reuß)

3. Grundbuchordnung

§§ 6, 40 GBO. OLG. Jena: JW. 1935, 3647 Nr. 24

4. Konkursordnung

§ 17 KO. Die normalen Wasserzuleitungsverträge sind regelmäßig keine Sukzessivlieferungsverträge, sondern Wiederkehrschuldverhältnisse, weil die dauernd wechselseitige Bindung fehlt. RG.: JW. 1935, 3614 Nr. 3 (Anm.: Rumpf)

5. Zwangsversteigerungsgesetz

§ 10 Abs. 2 ZwVerstG. Die Kosten einer Bietungsvollmacht gehören nicht zu den gemäß § 1118 BGB. und § 10 Abs. 2 ZwVerstG. aus dem Versteigerungserlös zu deckenden Kosten. LG. Berlin: JW. 1935, 3657 Nr. 36

§§ 20, 21, 57, 148 ZwVerstG. Mietvorausverfügungen. LG. Berlin: JW. 1935, 3654 Nr. 35

„Welt-Detektiv"
Detektei Auskunftei Preiss
BERLIN W 8, Tauentzienstraße 5
Fernruf: Bavaria 5255—5256
das erfolgreiche, tausendfach von Anwälten für Materialbeschaffung oder persönliche Orientierung verwendete und empfohlene Institut für vertrauliche **Auskünfte, Ermittlungen, Beobachtungen**
Größte Ermittlungspraxis! Gründung 1905

§ 31 ZwVerstG.; Art. 2 Ziff. 1 LandwVollstrSchVO. v. 27. Dez. 1933. Für die Dauer des Entschuldungsverfahrens wird die Sechsmonatsfrist des § 31 a. a. O. unterbrochen. LG. Altona: JW. 1935, 3653 Nr. 33

§ 52 ZwVerstG. Öffentliche Lasten. Durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erlischt unter den Voraussetzungen des § 52 ZwVerstG. die dingliche Haftung des Grundstücks für die aus einer öffentlichen Grundstückslast entspringende Verpflichtung zur Entrichtung bestimmter Geldleistungen, die zur Zeit des Zuschlags fällig waren. Dagegen bleibt die davon zu unterscheidende öffentliche Last als solche vom Zwangsversteigerungsverfahren unberührt. SächsOVG.: JW. 1935, 3688 Nr. 90

§§ 100, 83 ZwVerstG.; Ges. z. Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934. Eine Zuschlagsbeschwerde im Verfahren betr. die Zwangsversteigerung von Binnenschiffen kann auf das Ges. v. 13. Dez. 1934 gestützt werden. Die Voraussetzungen des Gesetzes sind strenge zu prüfen unter Berücksichtigung sowohl der Schuldner- als auch der Gläubigerinteressen. LG. Hamburg: JW. 1935, 3660 Nr. 43

§ 144 ZwVerstG. Nachweis der Befriedigung des Erstehers bedarf nicht der in § 144 bestimmten Form. LG. Berlin: JW. 1935, 3657 Nr. 37

6. Schuldenregelungsgesetz

§ 1 SchRG.; Richtlinien v. 13. Juni 1934, Teil I, Nr. 8, 11; Art. 20 Abs. 1 der 6. DurchfBO. Grundsätze für die Anwendung des SchRG. auf gemischte und Doppelbetriebe. Das Entschuldungsverfahren ist schon dann aufzuheben, wenn ein erheblicher Zweifel an dem Überwiegen des landwirtschaftlichen Teiles gegenüber dem nicht landwirtschaftlichen besteht. LG. Halle: JW. 1935, 3658 Nr. 40

6 a. 3. Durchführungsverordnung zum Schuldenregelungsgesetz

Art. 21 der 3. DurchfBO. z. SchRG. LG. Halle: JW. 1935, 3659 Nr. 41

6 b. 6. Durchführungsverordnung zum Schuldenregelungsgesetz

Art. 20 Abs. 1 der 6. DurchfBO. z. SchRG. LG. Halle: JW. 1935, 3658 Nr. 40

(Fortsetzung Seite 6)

Für das kommende Jahr Haupt's Anwaltsbuchführung bestellen!

Diese hat bereits in allen Teilen Deutschlands Anerkennung gefunden.

Rechtsanwalt Dr. Fores, Krefeld, schreibt in seinem im November 1935 im Verlag Niederrheinische Druckerei und Verlagsanstalt G. m. b. H. in Moers/Rhein **erschienenen Handbuch für das Rechtsanwaltsbüro, 1. Band S. 91:**

„Falls man sich zu einem solchen Einnahmen- und Ausgabenbuch entschließt, würde ich persönlich das Buchhaltungssystem von Bürovorsteher Walter Haupt, Leipzig W 33, Güntherstraße 8, vorziehen."

Die weiteren Einzelheiten siehe auf der Titelseite der J. W. 1935, Heft 48.

Um bis zum Jahresende allen Anforderungen gerecht werden zu können, wird um rechtzeitige Bestellung gebeten.

FLAD-BERGHOLD-FABRICIUS, Devisenrecht

das ganze Devisengebiet umfassender, praktischer Handkommentar, nicht veraltend, sondern durch Loseblatt-Form stets auf dem neuesten Stand, enthält sämtliche devisenrechtl. Bestimmungen mit kurzgefaßten Erläuterungen für die Praxis, die das Wesentliche klar herausstellen, ferner die Runderlasse, Tabellen, Einleitung und Sachregister. Soeben erschien die

1. Ergänzungslieferung (121 Blatt), die das Werk auf den **Stand vom November** bringt. Neuer Grundpreis des Gesamtwerks RM. 21.—. Die 2. Ergänzungslief. erscheint im Januar. Der Kommentar, der einen ersten Rang im devisenrechtl. Schrifttum einnimmt, ist überall in Gebrauch und wurde ausgezeichnet beurteilt; er „gehört zu den bedeutsamsten Neuerscheinungen des wirtschaftsrechtl. Schrifttums der letzten Zeit" (Hans. RGZ).

PRÖHL, Reichsgesetz über das Kreditwesen

Handkommentar für die Kreditpraxis, mit **eingehenden, rein objektiven Erläuterungen,** die unter Berücksichtigung der Durchführungsvo. alles erklären, was zum Verständnis der einzelnen Bestimmungen erforderlich ist, mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis, Mustern und Richtlinien und ausführl. Sachregister. Der Verfasser, Direktor beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband, ist durch seine langjährigen Erfahrungen im Kreditwesen zu dieser umfassenden und sachkundigen Erläuterung besonders berufen. 620 S. Leinen 16.—

DEUTSCHES DRUCK- U. VERLAGSHAUS GMBH. VERLAG FÜR RECHTSWISSENSCHAFT / MANNHEIM / BERLIN / LEIPZIG

Antiquarisches Angebot:

Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl., 7 Bde. in 12 OBde. 1926/32.	190.—
Warneyer-Buchwald, Kommentar zum BGB., 2 Bde. 1930 Hfz. (96.—)...	50.—
Düringer-H., Kommentar z. HGB., bisher 5 Bde. in 8 geb. 1930/35 (270.—)	200.—
Staub, Kommentar zum HGB., 12./13. Aufl. 1927, 4 Bde. geb.	40.—
Jaeger, Konkursordnung. Bd. I geb., II, Lfg. 1/3, soweit ersch. 1928/35 (79.—)	54.—
Güthe, Kommentar zur Grundbuchordnung, 5. Aufl., 2 Bde. 1929	35.—
Reinhard, Kommentar z. Zwangsversteigerungsgesetz, 3./4. Aufl. 1931 geb.	30.—
Stein-Jonas, ZPO., 12./13. Aufl. 1927, geb. 16.— / 14. Aufl., 2 Bde. 1929 geb.	26.—
Walter-Joachim, Gebührenordnung für RA., 9. Aufl. 1932, geb. (32.—) ..	24.—
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 7 Bde. 1926/1931, geb. (312.—)...	140.—
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, Bd. 1–136 u. Reg. 1–130 geb.	260.—
Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen, Bd. 1—65 und Reg..... geb.	150.—
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und LAG., Bd. 1—20..... geb.	150.—
Jahrbuch der Entscheidungen d. KG., hrsg. v. Johow, 53 Bde. u. Reg. geb.	120.—
Rechtsprechung der OLG., hrsg. v. Mugdan, Band 1—46 ..... geb.	180.—
Rundschau, Juristische, mit Beil. Höchstr. Rechtspr. 1925/33 ..... geb.	180.—
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen des Zivilrechts, Jahrg. 1—30 geb.	150.—
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts, Jahrg. 1—24 ..... geb.	150.—
Wochenschrift, Juristische, 1900/1933 ..... geb.	150.—
Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts, Bd. 1—82 (1929) geb.	150.—

Wir liefern auch gegen Teilzahlung.

J. Schweitzer Sortiment / Berlin W 8
Französische Straße 16 / Fernsprecher A 2 (Flora) 1168
Buchhandlung, Antiquariat und Mietbücherei für Rechtswissenschaften

Berufshaftpflicht-Versicherung gegen Vermögensschäden mit jahrzehntelangen eigenen Erfahrungen

DAS BÜNDNIS AUF GEGENSEITIGEM VERTRAUEN
ALLIANZ

VERTRAGSGESELLSCHAFT des Bundes NAT.-SOZ.-DEUTSCHER JURISTEN e.V.
ALLIANZ UND STUTTGARTER VEREIN
VERSICHERUNGS-AKTIEN-GESELLSCHAFT

Anfang Januar 1936 erscheint:

Reichskostenordnung

Verordnung über die Kosten in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 25. November 1935

Erläutert von

Robert Witte
Justizbezirksrevisor

Umfang etwa 200 Seiten / Preis geb. etwa 4.— RM.

Das Handbuch von Witte führt die neue Verordnung klar vor Augen. Knappe Erläuterungen sind den einzelnen Paragraphen angegliedert. Die Paragraphenfolge der bisherigen preußischen Landeskostenordnung ist der neuen Reichskostenordnung gegenübergestellt. Dazu kommen eine Reihe von Tabellen über Gebühren, Reisekosten und ein ausführliches Sachregister.

Ein ausgezeichnetes Hilfsmittel für die tägliche Praxis!

Vom gleichen Verfasser erschien:

Nebengesetze zu den Kostengesetzen der streitigen und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

1934 / Preis 3.— RM.

„Die sorgfältige Zusammenstellung ist ein aus den Erfahrungen der Praxis heraus für die Praxis geschaffenes Buch, das einem tatsächlich vorhandenen Bedürfnis abhilft, zerstreute Bestimmungen zu sammeln und so die Auffindung der einschlägigen Vorschriften zu erleichtern, man könnte fast sagen: erst zu ermöglichen."
Juristische Wochenschrift.

Kürzlich erschien:

Die Zwangsvollstreckung in Forderungen und Rechte

nach den vom 1. Januar 1935 an geltenden Vorschriften

Von **Paul Koerner,** Justizinspektor

1935 / Preis 4.— RM.

„... Es dient auch dem praktischen Juristen und stellt sich als eine Schrift „aus der Praxis für die Praxis" dar. Hierin liegt der Wert des Buches begründet, das zu diesem Zwecke nicht nur Rechtspfleger und Bürovorsteher, sondern auch Richter und Anwalt im Einzelfalle gern zu Rate ziehen werden." Juristische Wochenschrift.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung

Carl Heymanns Verlag in Berlin W 8

Heft 51/52 [3593] 64. Jahrgang. 21. u. 28. Dezember 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:

Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13

Fernsprecher Sammel-Nr. 72666 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673

Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Umbruch im Kartellwesen und Kartellrecht

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin

Das Kartellproblem ist eines der wichtigsten Probleme des neuen Wirtschaftsrechts. Für seine Lösung ist es notwendig, eine Synthese zwischen den beiden Grundsätzen nationalsozialistischer Wirtschaftsführung, des Ordnungsprinzips einerseits, des Leistungsprinzips und des dadurch bedingten Wettbewerbsgrundsatzes andererseits, herbeizuführen. Von beiden Prinzipien aus muß deshalb das geltende Kartellrecht ausgehen. Beide Gesichtspunkte haben auf der anderen Seite bereits zu einem völligen Wandel von Wesen und Funktionen der bestehenden Kartelle geführt. Dieser Wandel ist gleichzeitig deshalb auch rechtlich sehr interessant, weil er klar den Umbruch aufzeigt, der sich im Wirtschaftsrecht und in der Wirtschaftsgestaltung durch die nationalsozialistische Revolution ergeben hat.

I. Im liberalistischen System wurden die Kartelle nicht zu Unrecht „als Kinder der Not" bezeichnet, als Schutzgemeinschaften einer interessierten Gruppe, die sich gegenüber anderen Mitgliedern der Gruppe, gegenüber anderen Stufen innerhalb eines Wirtschaftszweiges oder gegenüber anderen Branchen durchsetzen wollten, und zwar durch Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips innerhalb der Kartellangehörigen. Mit Recht konnte so „das Kartell als freiwillig zustande gekommene Produzenten-Vereinigung" als „Instrument der liberalistischen Wirtschaftsordnung bezeichnet werden" (Breuer, „Kartell und Konjunktur"), während umgekehrt im Zwangskartell damals ein staatssozialistisches Gebilde erblickt wurde. Wesentlich für diese liberalistische Betrachtung des Kartellproblems war also das Ausgehen vom „Ich" der Branche, statt vom Gemeinen Wohl. Die damalige Gesetzgebung hat dies durchaus richtig erkannt. Ein Zeichen dafür ist die negative Fassung der KartellVO. vom Jahre 1923. Es ist schon mehrfach mit Recht darauf hingewiesen (vgl. Müllensiefen: „Von der Kartellpolitik zur Marktordnung und Preisüberwachung", Berlin 1935), daß Aufgabe dieser Kartellgesetzgebung vor der Revolution nicht der positive Einsatz vorhandener Kartelle für das Gemeinwohl war, sondern lediglich eine (negative) Verhütung von Mißbräuchen. Beispiele hierfür bilden die meisten Vorschriften der KartellVO., vor allem §§ 4, 8 u. 9. Der Wirtschaftsminister konnte Kartelle und Kartellbeschlüsse für nichtig erklären oder aufheben. Die fristlose Kündigung seitens der Mitglieder, die Genehmigung von Sperren usw. war vorgesehen, nicht dagegen positive Zusammenfassungen der Angehörigen eines Wirtschaftszweiges im Interesse der nationalen Wirtschaft.

II. Die Umgestaltung der Wirtschaft durch den Nationalsozialismus brachte hierin eine völlige Änderung. Der Satz „Gemeinnutz vor Eigennutz" wurde geltendes Recht und unter ihm steht deshalb auch das Kartellrecht. Damit allein war es jedoch nicht getan. Der Nationalsozialismus beseitigte vielmehr zunächst grundsätzlich das Prinzip der bisherigen Wirtschaftsführung, das „laisser faire". Er setzte an seine Stelle das Prinzip der geordneten und planvollen Wirtschaft. Niemand anders als der Führer selbst hat diese Rechtsgrundsätze, die die gesamte Wirtschaft beherrschen, klarer ausgesprochen, und zwar in seiner Rede auf dem Bückeberg, wo er sagte:

> „Wir müssen unser Reich, in dem wir so beengt sind und so wenig Lebensvoraussetzungen besitzen, sorgfältig überlegt bearbeiten und bewirtschaften. Wir kommen ohne Plan nicht aus. Wenn wir die Dinge laufen lassen wollten nach dem Grundsatz, es tue jeder, was er will, dann würde diese Freiheit in kurzer Zeit nur in einer furchtbaren Hungersnot ihr Ende finden. Nein, wir müssen planmäßig unsere Geschäfte und unsere Wirtschaft wahrnehmen."

Erklärungen des Führers als der obersten Reichsgewalt gehören zu den Rechtsquellen ebenso wie die im Reichsgesetzblatt veröffentlichten Gesetze und Verordnungen der Reichsregierung oder wie das Parteiprogramm. Deshalb ist auch die vorstehende Erklärung des Führers geltendes Recht. Sie ist für das Kartellproblem von entscheidender Bedeutung.

Sie bedeutet im Zusammenhang mit dem Gesetz „Gemeinnutz vor Eigennutz" nichts mehr und nichts weniger, als daß alle diejenigen Verbände, die sich heute mit Marktordnung befassen, also auf dem Gebiete der gewerblichen Wirtschaft eben die Kartelle, Instrumente der nationalsozialistischen Marktordnung sind und den Grundprinzipien der geordneten Wirtschaft unterstehen.

Damit hat sich ein grundlegender Umbruch im Wege der Kartelle vollzogen. Tatsächlich und rechtlich betrachtet sind sie aus Interessengemeinschaften, aus „notgeborenen" Schutzgemeinschaften von Angehörigen der gleichen Branche zu Treuhändern und Garanten einer nationalsozialistischen Marktordnung geworden. Die Verbandsleitung ist also in erster Linie nicht den Mitgliedern gegenüber verantwortlich, sondern der Allgemeinheit. Pflicht der Verbandsleitung ist, das Kartell so zu führen, wie die Erhaltung und Förderung des Volksganzen es verlangt, nicht wie es gerade im Sonderinteresse der Branche liegt. Daß dabei die Erfordernisse der

Branche, die als Teil des ganzen ja gleichfalls gesund sein muß, auch weiterhin zu berücksichtigen sind, ist selbstverständlich. Diese Berücksichtigung darf aber im Gegensatz zu früher nur im Rahmen des Gemeinwohles erfolgen.

Das Kartell als Schutzgemeinschaft liberalistischer Prägung ist also zum Tode verurteilt. An seine Stelle tritt der marktordnende Verband als Treuhänder der geordneten Wirtschaft, der selbstverständlich der Aufsicht der Reichsführung unterliegt, auch wenn er nicht „zwangsweise" gebildet ist.

III. Bei der dadurch bedingten Umstellung des Kartellwesens ist aber auch weiterhin das noch immer akute Problem der Herbeiführung einer Synthese zwischen Ordnung und Wettbewerbsfreiheit (Leistungsfreiheit) zu lösen. Die Grundkenntnisse des Nationalsozialismus hierzu seien noch einmal kurz wiederholt.

Sie gehen dahin:

Wirtschaftsfreiheit im Rahmen des ganzen ist notwendig. Nur der Freie kann schöpferische Leistungen vollbringen. Auch Wettbewerb ist notwendig, damit jeder das Beste für das Ganze und sich selbst erreicht. Der Wettbewerb darf aber nicht gegeneinander gehen, sondern muß das gemeinsame Ziel, die Förderung des Ganzen, stets im Auge behalten. Er bedarf der Ordnung, um für das Ganze so zu wirken, wie es der Führer ausgesprochen hat. Die Ordnung darf andererseits nicht zu einer Fesselung des Wettbewerbs führen.

Dies gilt gleichfalls für die Neuordnung des Kartellrechts. Es wurde nicht mit Unrecht den früheren Kartellen zum Vorwurf gemacht, daß sie den technischen Fortschritt hinderten, daß sie sich nach den Kosten des teuersten Betriebes ausrichteten und daher häufig zu einer Wirtschaftserstarrung führten. Diese Nachteile kann man rückblickend nicht wegleugnen. Ein nationalsozialistisches Kartellrecht muß sie zu vermeiden wissen. Dies wird möglich sein durch eine Lockerung zu starrer Bindungen, die freilich niemals die Ordnung gefährden dürfen. Auf der andern Seite darf nie der Gedanke größtmöglichster Rentabilität im privatwirtschaftlichen Sinne ausschlaggebend sein. Häufig wird nämlich von der Möglichkeit höchster Wirtschaftlichkeit abgewichen werden müssen, wenn diese aus nationalwirtschaftlichen oder politischen Gründen nötig sein wird (vgl. Lehnich in seiner Stuttgarter Rede 1934).

Um diese Synthese zu fördern und die bestehenden Kartelle sachgemäß für das oberste Ziel, für die Erhaltung der Nation so einzusetzen, muß die Möglichkeit bestehen, Verbände selbst positiv zu gestalten. Dies ist bereits in weitem Umfang geschehen.

Vor allem ist hier wichtig das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen v. 15. Juni 1933, das generell die Möglichkeit zum zwangsweisen Zusammenschluß aus Gründen der Marktordnung in allen Sparten der Wirtschaft gibt. Weiter sind die zahlreichen Errichtungs- und Erweiterungsverbote zu nennen, die durch Einzelverordnungen erfolgt sind, beispielsweise bei Zement, Stahl und Glühlampen usw. Ferner gehört die Preisgesetzgebung hierher, die zwar auch die negativen Kartellbestimmungen, die selbstverständlich im Interesse des Gemeinwohls bestehen bleiben müßten, verschärft, gleichzeitig aber unter dem Gesichtspunkt der Marktordnung positiv zu werten sind. Denn Marktordnung ist nichts Starres, sondern etwas durchaus Dynamisches, da sich ja die Gestaltung der Ordnung im einzelnen jeweils durchaus verschiedenen Erfordernissen anpassen muß, die die Erhaltung der Nation erfordern; man denke beispielsweise nur an die kürzlich ergangenen Ausfuhrverbote gewisser Waren und Rohstoffe.

Von größter Wichtigkeit sind jedoch neben diesen gesetzlichen Maßnahmen auch die innerhalb der Kartelle selbst vorzunehmenden Schritte, die Umgestaltung der Kartelle selbst. Hier muß in den Satzungen ebenso wie in der Geschäftsführung zum Ausdruck kommen, daß der Gedanke der lediglich branchenmäßigen Schutzgemeinschaft endgültig überwunden und der Gedanke, Träger und Treuhänder der nationalsozialistischen Marktordnung zu sein, verwirklicht worden ist. Man kann sagen, daß diese Grundsätze bei manchen Kartellen bereits praktisch größtenteils zur Verwirklichung gelangt sind, daß bei anderen dies noch nicht der Fall ist.

Hier wird es nun Sache der Volksführung ebenso wie der Organisation der gewerblichen Wirtschaft sein, auf eine Wirtschaftseinstellung der Kartelle selbst im nationalsozialistischen Sinne mit allen Mitteln hinzuwirken. Die Tatsache, daß Machtmittel, die bis zur Auflösung gehen, genügend zur Hand stehen, schafft die Möglichkeit, den Einsatz der Kartelle für die nationalsozialistische Wirtschaftspolitik sicherzustellen.

IV. In diesem Zusammenhang sei auch kurz auf das Verhältnis zwischen Fachgruppen und Kartellen eingegangen. Bekanntlich dürfen sich die auf Grund des Gesetzes zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der deutschen Wirtschaft errichteten Wirtschaftsgruppen und deren Unterorganisationen nicht mit Marktordnungsfragen befassen. Diese im Gegensatz zum agrarpolitischen Sektor erfolgte Regelung hat sich aus verschiedenen Gründen als notwendig erwiesen, auf die hier nicht näher eingegangen sei. Zu den marktordnenden Fragen, mit denen sich die Wirtschaftsgruppen nicht befassen dürfen, gehören vor allem Festsetzung von Preisen und Preisspannen, Aufstellung allgemeiner Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, Quotenverteilung, Ausschließlichkeitsverträge usw. Andererseits ist es Aufgabe der Wirtschaftsgruppen, ihre Mitglieder zu betreuen und zu beraten. Diese betreuende Tätigkeit kann sich naturgemäß auch auf das Gebiet des Wettbewerbs und damit der Marktordnung erstrecken. So hat beispielsweise die Reichsgruppe Industrie Marktordnungsgrundsätze aufgestellt und hierbei durchaus die Zustimmung des Reichswirtschaftsministers gefunden. Allerdings darf diese beratende Tätigkeit niemals zu einem Eingreifen selbst gegenüber den beteiligten Firmen führen, also etwa zur Auferlegung allgemeiner Vertragsbedingungen, zur verbindlichen „Anempfehlung von Preisen zur Auftragserteilung" u. dgl.

Auf die Dauer mag dieser Zustand vielleicht nicht als befriedigend empfunden werden. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, daß eine weitere Entwicklung des nationalsozialistischen Verbandswesens später einmal dazu kommen kann, auch hier einheitliche Organisationen zu schaffen, wenn vielleicht auch in anderer Form als innerhalb der Ernährungswirtschaft, wo die Marktordnung heute im wesentlichen durchgeführt ist. Wie die Weiterentwicklung hier gehen wird, kann jedoch erst die Zukunft zeigen. Wesentlich ist für die gegenwärtige Rechtslage aber, daß heute zwar Fachgruppen und Kartelle nebeneinander stehen, daß aber beide nicht Interessenverbände, sondern Treuhänder nationalsozialistischer Wirtschaftsführung und Wirtschaftsgestaltung sind, und daß den Kartellen hierbei zur Zeit die marktordnende Funktion zufällt. Die heute noch bestehenden Kartelle haben also ideenmäßig und ihrer Funktion nach nichts mehr mit den „Kindern der Not" aus dem Zeitalter des Liberalismus zu tun.

Zur wirtschaftswissenschaftlichen Ausbildung der Rechtsanwälte

Von Rechtsanwalt Dr. Dr. Megow, Küstrin

1. Es ist allgemein anerkannt, daß neben der juristischen Ausbildung der Rechtsanwalt auch eine Übersicht über die Volkswirtschaftslehre und über die Betriebswirtschaftslehre gewinnen muß. Wenn der unbedingt erforderliche Übergang vom Prozeßanwalt zum Wirtschaftsanwalt erreicht werden soll, muß der Rechtsanwalt sich in das Denken der ihn in Anspruch nehmenden Kaufleute versetzen können. Hierzu gehört aber ein Einblick in die betrieblichen Erscheinungen und in das kaufmännische Denken.

2. Es ist bisher von der Wirtschaft als ein offensichtlicher Mangel in der Rechtsberatung empfunden worden, daß die Mehrzahl der Rechtsanwälte sich in das kaufmännische Denken überhaupt nicht hineinfinden konnte und sich auch nicht einmal die erforderliche Mühe gegeben hat, sich mit dem nötigen

geistigen Rüstzeug zu versehen. Als Folgeerscheinung müssen wir feststellen, daß in einem großen Umfange eine Verdrängung der Rechtsanwälte aus der Wirtschaftsberatung stattgefunden hat. Gleichwohl ist zu einer sachgemäßen Beratung in vielen betrieblichen Fragen, die irgendeine Berührung mit dem Rechtsgebiet haben, die Hinzuziehung von Volljuristen nötig. Das gilt insbesondere bei einer Betätigung auf dem weiten und von der Rechtsanwaltschaft immer noch nicht genügend beachteten Gebiet des Steuerrechts und der Steuerwirtschaft schlechthin.

3. Es darf allerdings nicht verkannt werden, daß bisher nur außerordentlich geringe Möglichkeiten der wirtschaftswissenschaftlichen Weiterbildung für Rechtsanwälte bestanden. Nur die wenigsten konnten Zeit und Geld aufbringen, um etwa als Volontäre in Wirtschaftsbetrieben tätig zu sein oder um sich sonst das weiter notwendige wirtschaftswissenschaftliche geistige Rüstzeug zu verschaffen. Vielen fehlte auch hierzu die willensmäßige Spannkraft.

So ist z. B. eine steuerrechtliche Spezialausbildung bisher nur möglich an dem Steuerinstitut der Handelshochschule Leipzig. Hiervon haben nur ganz wenige Anwälte Gebrauch gemacht. Auch die Ausgestaltung des Lehrplans der Verwaltungsakademien reicht nicht für die praktische Schulung auf wirtschaftlichem Gebiete aus.

4. Das Preußische Staatsministerium hat nach Meldungen des Deutschen Nachrichtenbüros am 1. Nov. 1935 beschlossen, die bisherige Handelshochschule Berlin zu einer Wirtschaftshochschule zu erweitern. Diese Wirtschaftshochschule soll zum Kern der gesamten wirtschaftswissenschaftlichen Ausbildung in der Reichshauptstadt gemacht werden. Es soll eine enge Verbindung von Forschung und Lehre mit der Praxis geboten werden.

Außerdem soll vor allem für die wirtschaftswissenschaftliche Weiterbildung anderer Berufe (Referendare, Assessoren, Beamte der Verwaltung u. a.) Sorge getragen werden.

Die Rechtsanwälte sind unter den anderen Berufsgruppen nicht ausdrücklich hervorgehoben worden. Wir nehmen aber an, daß auch diese hierunter fallen werden.

Außerdem soll durch sorgsame Heranziehung von Praktikern allen Anforderungen sowohl der wirtschaftspolitischen wie der kaufmännischen Ausbildung Rechnung getragen werden.

5. Will man diese wirtschaftswissenschaftliche Weiterbildung für Rechtsanwälte zu einer praktisch unbedingt brauchbaren machen, so erscheint es uns erforderlich, daß die gesamten Rechtsgebiete, die in das Wirtschaftsleben übergreifen, durch Lehraufträge von wissenschaftlich, praktisch und pädagogisch bewährten Männern vertreten werden.

Es wird sorgsamer Überlegungen bedürfen, um hier die richtigen Kräfte heranzuziehen und den Lehrplan so auszugestalten, daß tatsächlich die in Frage kommenden sich weiterbildenden Berufskreise den erforderlichen Gewinn erzielen.

6. Allein für das Gebiet des Steuerrechts wird es nötig sein, daß ein über mehrere Semester sich verteilender Lehrplan aufgestellt wird, der alle wichtigen Gebiete vorsieht.

Daneben wird aber das Hauptgewicht der Weiterbildung darauf zu verlegen sein, daß durch praktische Übungen gewissermaßen ein Anschauungsunterricht erteilt wird, und daß so tatsächlich diejenigen, die diese Fortbildungskurse durchlaufen haben, als hervorragende Kräfte Staat und Wirtschaft dienen können.

Nur eine auf die Praxis abgestellte Übung wird diese schwierigen Gebiete den Beteiligten näherbringen können.

Allerdings werden nicht unerhebliche Geldmittel für die Heranziehung der notwendigen Lehrkräfte bereitgestellt werden müssen. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, daß unter sozialer Ausgestaltung der Gebühren ein erheblicher Teil der Unkosten wieder hereinkommt.

Jedenfalls erscheint es uns dringend erforderlich, daß auch seitens der Rechtsanwaltschaft zu dem Aufbau des Lehrplans der Wirtschaftshochschule Berlin eingehend Stellung genommen wird, und daß auch für die notwendigen Belange der Weiterbildung der Rechtsanwälte die nötigen Vorschläge gemacht werden. Denn die Weiterbildung der Rechtsanwälte erfolgt letzten Endes nicht in deren eigenstem Interesse, sondern im Interesse der deutschen Wirtschaft und damit zugleich des deutschen Volkes.

Sind Betriebsausgaben eines Rechtsanwalts vor Praxisbeginn einkommensteuerlich abzugsfähig?

Von Rechtsanwalt Dr. Dr. Megow, Küstrin

1. Gemäß § 18 EinkStG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 1005) sind Einkünfte aus selbständiger Arbeit auch Einkünfte aus freien Berufen, zu denen die Rechtsanwälte gehören.

Einkünfte aus selbständiger Arbeit sind die Gewinne (§ 2 Abs. 3 u. 4 EinkStG.).

Gewinn ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EinkStG.).

Weicht das Betriebsvermögen am Schluß des einzelnen Wirtschaftsjahres vom Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahres in der Regel nicht wesentlich ab, so kann als Gewinn der Überschuß der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben angesetzt werden. Dabei können wirtschaftlich ins Gewicht fallende Schwankungen im Betriebsvermögen, die in einem Wirtschaftsjahr ausnahmsweise auftreten, durch Zuschläge oder Abschläge berücksichtigt werden (§ 4 Abs. 2 EinkStG.).

Diese Voraussetzung einer nicht wesentlichen Abweichung des Betriebsvermögens vom Schluß des einen Wirtschaftsjahres zum Schluß des anderen Wirtschaftsjahres dürfte in der Regel bei Rechtsanwälten vorliegen.

Im übrigen soll von der Berücksichtigung der Zuschläge oder Abschläge nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Schwankungen mindestens die Hälfte des Betriebsvermögens vom Stand am Schluß des vorangegangenen Jahres ausmachen (Ergänzungsrichtlinien zur Einkommensteuerveranlagung 1934 A I).

Für die anwaltliche Gewinnermittlung ist also der Überschuß der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben als Gewinn anzusehen.

Betriebsausgaben sind Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlaßt sind (§ 4 Abs. 3 EinkStG.). Bei der Ermittlung des Gewinnes sind aber auch die Vorschriften über die Bewertung zu befolgen (§§ 4 Abs. 1 Satz 4, 6 EinkStG.). Dies bedeutet eine Berücksichtigung der Absetzungen für Abnutzung. Bei Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung durch den Steuerpflichtigen zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als 1 Jahr erstreckt, kann jeweils für 1 Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abgesetzt werden, der bei Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf 1 Jahr entfällt (Absetzung für Abnutzung). Die Absetzung bemißt sich hierbei nach der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Wirtschaftsgutes. Absetzungen für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzungen sind zulässig (§ 7 Abs. 1 EinkStG.).

2. Betriebsausgaben sind auch solche, die der Schaffung einer neuen Einkommensquelle dienen. So liegen bei einem Anwalt, der vor Beginn seiner Tätigkeit Abstand für die zu mietenden Büroräume zahlt, Betriebsausgaben vor (RFH. 20, 20, 211). Solche Abstandsummen sind auf die wahrscheinliche Dauer des Mietverhältnisses zu verteilen (RFH. VI A 328/29 Urt. v. 20. Nov. 1929, Mrozek, Kartei EinkStG. 1925 § 18 Abs. 1 Nr. 2 R. 20).

Jedoch müssen diese Ausgaben sämtlich durch den Betrieb und nicht durch die private Lebenshaltung veranlaßt sein. Eine Pauschalverteilung erscheint nicht ausgeschlossen. Die zeit-

liche Verteilung muß den tatsächlichen Umständen nach angemessen sein (RFH. VI A 251/34 Urt. v. 3. April 1935, Mrozek, Kartei EinkStG. 1934 § 18 Abs. 1 Ziff. 1 R. 1).

Was bezüglich der Abstandskosten gesagt ist, gilt auch hinsichtlich der Umzugskosten und der Einrichtungskosten der neuen Wohnung. Jedoch dürfen auch bei diesen Beträgen nur die Betriebsausgaben abgezogen werden. Soweit der Anwalt in den neuen Räumen gleichzeitig seine Privatwohnung nimmt, muß also eine entsprechende Pauschalverteilung vorgenommen werden.

3. Das FinA. muß, auch wenn ein entsprechender Antrag durch den Steuerpflichtigen nicht gestellt ist, den Gesamtbetrag der gemachten Aufwendungen angemessen verteilen und als Betriebsausgaben absetzen (RFH. v. 3. April 1935 a. a. O.). Selbstverständlich sind die anteiligen Betriebsausgaben angemessen auf die einzelnen Jahre zu verteilen, d. h. also, es ist nicht zulässig, in späteren Jahren die Absetzung dieser Betriebsausgaben nachträglich zu verlangen. Sie müssen in jedem Steuerabschnitt besonders berücksichtigt werden.

Wird z. B. die neue Praxis am 1. Juli eines Jahres eröffnet und ist mit einer fünfjährigen Mietdauer zu rechnen, so würde, da der Steuerabschnitt dem Kalenderjahr entspricht, für das erste Kalenderjahr der Praxis nur $^1/_{10}$ der hier einschlagenden Betriebsausgaben steuerlich absetzbar sein (½jährlicher Unkostenanteil bei 5jähriger Verteilung).

4. Hieraus ergibt sich folgender Einkommensteuererklärungsentwurf (entnommen dem Urt. v. 3. April 1935 a. a. O.):

1. Berufsausgaben lt. Buch	2715,45 *RM*
2. Abschreibungen der Umzugs- und sonstigen Kosten 20% von 5655,44 *RM* (weil nur mit 5jähriger Dauer des Benutzens der jetzigen Wohnung zu rechnen ist, Praxisbeginn 1. Jan. 193 ...)	1131,08 „
3. Abschreibungen des Berufsinventars 20% von 2664 *RM*	532,— „
	4378,53 *RM*

Der Posten 2 mit 5655,44 *RM* wird in folgender Weise erläutert:

Aufwendungen für die Ersatzwohnung der von mir ausgemieteten Vormieterin	2138,65 *RM*
Abstands- und Umzugskosten, Einrichtung der neuen Wohnung	6344,50 „
	8483,15 *RM*
Davon ab ⅓ als Privatanteil (da die Wohnung aus 3 Zimmern besteht, von denen 2 beruflich genutzt werden)	2827,71 „
	5655,44 *RM*

Die Posten zu 1 und 3 unterliegen keinem besonderen Bedenken. Ob die Abschreibungen des Berufsinventars in Höhe von 20% gerechtfertigt sind, richtet sich nach dem einzelnen Fall.

Bezüglich des Postens 2 muß auf Verlangen dem FinA. nachgewiesen werden, daß diese eingesetzten Kosten sämtlich durch die Eröffnung der Rechtsanwaltspraxis entstanden sind. Soweit hierin Kosten der privaten Lebenshaltung enthalten sind, sind sie auszuscheiden.

Ferner ist zu untersuchen, ob die von dem Steuerpflichtigen geltend gemachte, auf 5 Jahre verteilte Abschreibung den tatsächlichen Umständen entspricht. Es ist also kurz zu begründen, warum der Rechtsanwalt nur mit einer 5jährigen Dauer seiner Tätigkeit in seinen Räumen rechnet (z. B. Dauer des Mietvertrages, vorgesehene anderweitige Ausbildung oder für später in Aussicht genommener Wohnsitzwechsel u. a. m.).

5. Es sei noch bemerkt, daß die im Einkommensteuerverfahren ermittelten Einkünfte bis auf ganz geringe Abweichungen auch für den Gewerbesteuerertrag zugrunde gelegt werden. Daraus dürfte sich das doppelte Interesse an einer einwandfreien Einkommensteuerermittlung ergeben.

Sind die Kosten eines Prozeßagenten bzw. eines in der Deutschen Rechtsfront organisierten Rechtsbeistandes in allen Fällen zu erstatten?

Von Amts- u. Landgerichtsrat Dr. Aschoff, Berlin

Durch die 1933 erfolgte Neufassung des § 157 ZPO. ist die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange die Kosten der gewerbsmäßigen, nicht dem Anwaltsstande angehörenden Prozeßvertreter erstattungsfähig sind, erneut streitig geworden. Diese Frage wird von den Gerichten keineswegs einheitlich beantwortet.

Vor der Abänderung des § 157 ZPO., der bekanntlich in seiner jetzigen Fassung außer den Rechtsanwälten nur den von der Justizverwaltung hierzu besonders ermächtigten gewerbsmäßigen Rechtsvertretern, den Prozeßagenten, das Verhandeln vor Gericht gestattet, war es allgemein üblich, den Prozeßagenten und solchen Rechtsbeiständen, die ihren Betrieb gemäß § 35 GewO. angemeldet hatten, den Erstattungsanspruch, und zwar in Höhe der Hälfte der für Rechtsanwälte gültigen Sätze, zuzubilligen. Hierbei wurde indessen die Einschränkung gemacht, daß die Zuziehung des Rechtsbeistandes zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sein mußte.

In dem Bestreben, volksschädliche Winkelkonsulenten von der Rechtsberatung auszuschalten, setzt sich die Ansicht, daß nur die der Berufsgruppe „Rechtsbeistände" der Deutschen Rechtsfront angehörenden und damit eine Gewähr für Zuverlässigkeit bietenden Rechtsbeistände überhaupt einen Erstattungsanspruch haben, immer mehr durch. Die Meinung, wonach die Kosten für die Inanspruchnahme eines nicht in der Deutschen Rechtsfront organisierten Rechtsbeistands als nicht erstattungsfähig erklärt werden, kann man bereits als herrschend bezeichnen (vgl. beispielsweise die Entscheidungen der AG. Breslau v. 12. Dez. 1934 [JW. 1935, 1053]; Neumünster v. 25. Febr. 1935 [4 B 88/35]; Düsseldorf v. 6. April 1935 [JW. 1935, 1646]; Elbing v. 26. Juni 1935 [JW. 1935, 2219]; Saarbrücken v. 25. Juni 1935 [JW. 1935, 2592]; vgl. ferner Hawlitzky: JW. 1935, 2541 und Dr. Borchardt: DRZ. 1935, 234 ff.).

Während die vorerwähnten Gerichte und Schriftsteller den Erstattungsanspruch auch den von der Justizverwaltung zur mündlichen Verhandlung nicht ermächtigten, aber zur Reichsberufsgruppe „Rechtsbeistände" gehörigen Rechtskonsulenten zugestehen, halten z. B. das LG. Berlin in seinem Beschl. v. 12. März 1935 (227 T 2447 [189]/35), das AG. Hamburg in seinem Urt. v. 14. März 1935 (JW. 1935, 1729), das LG. Meiningen im Beschl. v. 24. Sept. 1934 (JW. 1935, 377) und das AG. Salzungen im Beschl. v. 18. Okt. 1934 (JW. 1935, 378[1]) nur die durch Annahme eines gemäß § 157 Abs. 3 ZPO. zugelassenen Prozeßagenten entstandenen Kosten für erstattungspflichtig.

Dieser Auffassung tritt Borchardt mit seinen Ausführungen in DRZ. 1935, 234/35 mit Recht entgegen. Es ist tatsächlich auch kein Grund ersichtlich, Rechtsbeiständen, wenn sie von dem durch die Reichsführung des BNSDJ. eingesetzten Prüfungsausschuß für die Aufnahme in die Berufsgruppe „Rechtsbeistände" für geeignet befunden sind, die Erstattungsfähigkeit der Gebühren lediglich deshalb zu versagen, weil sie nicht gemäß § 157 ZPO. als Prozeßagenten zugelassen sind. Durch die Neufassung des § 157 ZPO. sollte keineswegs den als Prozeßagenten nicht zugelassenen Rechtsberatern die Aus-

übung ihres Gewerbes untersagt werden. Die beschränkte Zulassung von Prozeßagenten hat vielmehr lediglich darin ihren Grund, daß genügend Rechtsanwälte, die ob ihrer Vorbildung in erster Linie zur Vertretung der Parteien vor Gericht berufen sind, vorhanden sind. Da durch die von der Rechtsfront angestellte Prüfung hinreichende Gewähr dafür geboten ist, daß die in der Berufsgruppe „Rechtsbeistände" zusammengefaßten Rechtsbeistände in sachgemäßer Weise die Belange ihrer Auftraggeber wahrnehmen werden, so sind m. E. diesen Rechtsbeiständen ohne Rücksicht darauf, ob sie zum Auftreten in der mündlichen Verhandlung befugt sind oder nicht, die Gebühren zu erstatten, soweit letztere zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren.

Diese Einschränkung hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit, daß nämlich die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, muß m. E. bei allen Rechtsbeiständen, auch bei den Prozeßagenten, gemacht werden.

Das LG. Berlin in dem erwähnten Beschl. v. 12. März 1935, das AG. Tempelhof im Beschl. v. 4. Mai 1935 (7 C 358/35) und anscheinend auch das AG. Hamburg in dem genannten Urt. v. 14. März 1935 billigen demgegenüber den Prozeßagenten den Erstattungsanspruch in allen Fällen zu, ohne in eine Prüfung darüber einzutreten, ob die Kosten im Einzelfalle zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren oder nicht.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. bezeichnet lediglich die Gebühren eines Rechtsanwalts in allen Fällen als erstattungsfähig. Diese Bestimmung als Ausnahmefall ist einer ausdehnenden Auslegung nicht fähig. Der Richter darf zwar das Gesetz sinngemäß auslegen, aber nicht umstoßen. Wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, diese Vergünstigung auch den nach § 157 ZPO. zugelassenen Prozeßagenten zu gewähren, so hätte nichts näher gelegen, als bei der im Jahre 1933 erfolgten Neufassung dieser letztgenannten Gesetzesbestimmung dem § 91 ZPO. einen entsprechenden Zusatz hinzuzufügen. Das Unterbleiben einer Abänderung des § 91 ZPO. läßt darauf schließen, daß der Gesetzgeber diese Vergünstigung auch nach der Neufassung nur den Rechtsanwälten als den in erster Linie zur Prozeßvertretung berufenen und mit erhöhten Berufspflichten ausgestatteten Rechtswahrern vorbehalten wollte. Die Tatsache, daß die Prozeßagenten von der Justizverwaltung zugelassen sind, besagt für die Erstattungsfähigkeit der Gebühren nichts. Einmal gehören nach Nr. 4/34 des Reichsjuristenführers v. 7. Febr. 1934 (Deutsches Recht 1934, 88) zur Reichsberufsgruppe „Rechtsbeistände" auch nicht von der Justizverwaltung zur mündlichen Verhandlung zugelassene Rechtsbeistände, bei denen also die Zulassung durch die Justizverwaltung als Grund für die Erstattungsfähigkeit ihrer Gebühren nicht in Frage kommen kann. Zum andern aber bedarf auch der Rechtsanwalt zur Ausübung seines Berufs einer besonderen Zulassung, obwohl die ZPO. in dem erwähnten § 91 seine Gebühren als stets erstattungsfähig bezeichnet. Erwähnt sei schließlich noch, daß trotz Schaffung einer einheitlichen Rechtsfront eine völlige Gleichstellung zwischen Rechtsanwälten und Rechtsbeiständen, einschließlich der Prozeßagenten, nicht erfolgt ist. Gewisse Unterschiede, namentlich in formeller Hinsicht z. B. bei Zustellungen, sind noch immer vorhanden.

Es muß daher m. E. bei den Rechtsbeiständen, auch soweit diese als Prozeßagenten von der Justizverwaltung als zur mündlichen Verhandlung vor Gericht ermächtigt sind, stets geprüft werden, ob die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Natürlich darf diese Prüfung nicht kleinlich gehandhabt werden und wird nur unter besonderen Umständen dazu führen, die Kosten der Rechtsbeistände als nicht erstattungsfähig abzusetzen (vgl. hierzu die Beschl. des AG. Tempelhof v. 12. April und 24. Juni 1935, 9 C 294/35, 9 C 292/35).

Was endlich die Höhe der Gebühren anlangt, so wird man den Rechtsbeiständen, auch den Prozeßagenten, in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis die halben Anwaltsgebühren zugestehen können. Darüber hinausgehend billigen einzelne Gerichte, so das AG. Waldenburg in einem Beschl. v. 14. März 1935 (Cg 267/34) und das AG. Köpenick in Berlin im Beschl. v. 17. April 1935 (13 C 1021/34), den Rechtsbeiständen bei Streitwerten unter 100 ℳ die vollen Anwaltsgebühren zu. Dies dürfte indessen zu weit gehen, denn auch der Rechtsanwalt muß sich trotz seiner höheren Aufwendungen für seine Ausbildung bei kleinen Objekten mit Gebühren zufrieden geben, die nicht viel weiter reichen als zur Deckung der durch den Prozeßbetrieb entstandenen Unkosten.

Zusammenfassend ist hiernach festzustellen:

A. Rechtsberater, die nicht zur Berufsgruppe „Rechtsbeistände" der Deutschen Rechtsfront gehören, haben einen Erstattungsanspruch überhaupt nicht.

B. Den in der Berufsgruppe „Rechtsbeistände" organisierten Rechtsbeiständen, einschließlich den Prozeßagenten, ist ein Erstattungsanspruch in Höhe der Hälfte der für Rechtsanwälte maßgebenden Sätze zuzubilligen, jedoch ist zu prüfen, ob die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren.

Rechtsfragen aus der Wohlfahrtspraxis

Von Assessor Dr. jur., Dr. rer. pol. B. Gerl, Berlin

Im folgenden sollen in Kürze einige Rechtsfragen aus der Wohlfahrtspraxis behandelt werden, die jeden Tag die Verwaltungsbehörden und die Gerichte beschäftigen. Dabei werden nur solche Fragen berücksichtigt, mit denen sich die Ratsuchenden an den Rechtsanwalt zu wenden pflegen. Sie sollen dem Zivilisten die Notwendigkeit der Beschäftigung mit dem Wohlfahrtsrecht beweisen.

I. Die Fürsorgepflicht der Familien- und Hausgemeinschaft für den Hilfsbedürftigen

Die zusammenwohnenden Familienmitglieder werden in der Wohlfahrtspraxis als eine Einkommens- und Bedarfsgemeinschaft angesehen, die über den Rahmen der bürgerlichrechtlichen Unterhaltspflicht hinaus füreinander einzutreten haben. Die Nichthilfsbedürftigen in dieser Familiengemeinschaft haben sich zugunsten der Bedürftigen einzuschränken. Das gilt aber auch für Personen, die in einem eheähnlichen Verhältnis miteinander leben. Schließlich werden auch solche Personen davon erfaßt, die sich in eine Hausgemeinschaft mit dem Willen begeben haben, wechselseitig füreinander einzustehen, und die diesen Willen auch betätigt haben. Es handelt sich hier also um Personen, die nach Art einer Familie zusammen wirtschaften. Über die rechtliche Befugnis zur Einbeziehung der genannten Personen in die Unterhaltspflicht für die bedürftigen Hausgemeinschaftsgenossen bestehen nur wenige theoretische Untersuchungen. Es muß ein fürsorgerechtlicher Grundsatz heute bereits als Gewohnheitsrechtssatz anerkannt werden, wonach die öffentlich-rechtliche Hilfsbedürftigkeit einer Person auch dann zu verneinen ist, wenn den Genossen der Haushaltsgemeinschaft in konkreter Lage die Hilfeleistung gegenüber den bedürftigen Genossen zuzumuten ist[1]). Die innere Berechtigung dieses Satzes ist in den Hamburgischen Vorschriften v. 21. Sept. 1933[2]) am gründlichsten

[1]) Das Bundesamt für das Heimatwesen (Bd. 86 S. 82) lehnt einen „Rechtsbegriff" einer Bedarfs- und Einkommensgemeinschaft zu gegenseitiger Hilfe da, wo keine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht, ab: zu einer über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Durchsetzung der Familiengemeinschaft bedürfe es einer Rechtsänderung. Das ist ein Irrtum. Die Praxis der Wohlfahrtsämter hat sich längst durchgesetzt und wird mit der Überzeugung des Rechts (opinio iuris) geübt. Alle Merkmale des Gewohnheitsrechtes sind daher vorhanden.

[2]) Abgedruckt im Nachrichtendienst Nr. 8 vom August S. 253/54.

dargelegt worden. Mit Recht wird die Familiengemeinschaft dort als die Urzelle der Volksgemeinschaft bezeichnet, die unter dem besonderen Schutze des Staates steht, auf die der Hilfsbedürftige in erster Linie angewiesen und an die er zu verweisen ist. Diese Vorschriften machen auf zwei Mißstände noch besonders aufmerksam, die auf Grund dieser Praxis eingerissen sind: Die Haushaltsgenossen führen getrennte Haushalte oder gehen sogar auseinander, um sich nicht mehr unterstützen zu müssen. „Der Einwand getrennter Haushaltsführung ist bei Festsetzung der Unterstützung für einen mit Angehörigen zusammenlebenden Hilfesuchenden nicht in Betracht zu ziehen, es sei denn, daß ganz besondere, triftige Gründe für die Notwendigkeit der Trennung nachgewiesen werden. Verläßt ein Angehöriger den Familienhaushalt ohne triftigen Grund, insbesondere, um dadurch eine Erhöhung der Unterstützung zu erreichen, so ist sein Unterstützungsbedarf so zu bemessen, als ob er noch zum Familienhaushalt gehörte."

Daraus ergibt sich, daß sich die nichtbedürftigen Haushaltsgenossen eine Herabsetzung ihres Unterhalts sogar unter den standesgemäßen Unterhalt gefallen lassen müssen. Die Familienhausgemeinschaft ist eben auch eine Notgemeinschaft[3]). Die Art der Berechnung allerdings, ob und wann eine solche Hilfeleistung den Angehörigen zuzumuten ist, stößt noch auf große Schwierigkeiten.

Das Bundesamt hat die Zusammenrechnung der Einkommen der Haushaltsmitglieder abgelehnt (81, 71; 82, 16), während der bayrische Verwaltungsgerichtshof ihr zustimmt.

II. Die Sicherung der Fürsorgeleistungen

Die Fürsorge hat dem Hilfsbedürftigen den notwendigen Lebensbedarf zu gewähren. Ehe die Fürsorge Hilfe leistet, hat der Hilfsbedürftige seine eigene Arbeitskraft und seine eigenen Mittel einzusetzen, insbesondere sein gesamtes verwertbares Vermögen und Einkommen. Gegenstände, die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind, gelten nicht als verwertbar. Bei alten, bei noch nicht erwerbsfähigen und bei erwerbsbeschränkten Personen soll die vorherige Verwertung kleiner Vermögen oder Vermögensteile nicht verlangt werden, wenn dadurch die Not des Hilfesuchenden oder seiner unterhaltspflichtigen Angehörigen erheblich verschärft oder zur dauernden würde (§§ 1, 6, 8 RGr.).

Im letzten Falle kann die Hilfe davon abhängig gemacht werden, daß der Ersatz der aufzuwendenden Kosten sichergestellt wird. § 9 Abs. 2 RGr. hebt besonders den Abschluß von Rentenverträgen, Bestellung von Hypotheken oder sonstige Verpfändung von Vermögenswerten hervor. Eine solche Sicherstellung des Ersatzes kann nur bei vorhandenem Vermögen verlangt werden, nicht bei begründeter Aussicht auf Einkommen oder Vermögen. Auch kann für in der Vergangenheit entstandene Kosten Sicherheit nicht verlangt werden.

Diese Sicherstellung soll aber nur gefordert werden, wenn die Rückzahlung voraussichtlich ohne besondere Härte möglich ist. Wann eine solche vorliegt, darüber enthält Abs. 4 zu § 9 RGr. das Nähere.

Von der Sicherheitsleistung befreit sind die privilegierten Kleinrentner des Kleinrentnerhilfsgesetzes, auf die unten näher eingegangen wird. Sicherheitsleistungen, die für den Ersatz der Kosten der öffentlichen Fürsorge bei Inkrafttreten des Gesetzes bestellt worden waren, mußten freigegeben werden (§ 10 Abs. 2 des Ges. v. 5. Juli 1934).

III. Mietunterstützungen und Umzugsgelder im besonderen

Der Bedürftige, insbesondere ein Familienvater mit großer Kinderzahl, erhält Mietunterstützung. Dieser Ausdruck kommt im Gesetz selbst nicht vor, ebensowenig wie der des Mietzuschusses oder der Mietbeihilfe. Nach § 6 Abs. 1a RGr. gehört zum notwendigen Lebensunterhalt auch „die notwendige Unterkunft". In den meisten Bezirksfürsorgeverbänden ist ein bestimmter Teil des Richtsatzes ziffern- oder anteilmäßig als Mietbeihilfe vorgesehen. Der Anteil selbst ist verschieden, z. B. in Köln 25%, die sich auf den Hauptunterstützten und die Zuschlagsempfänger beziehen, Mülheim (Ruhr) und Dortmund 25%, Karlsruhe 30% und Berlin 30%.

Ist die tatsächliche Miete niedriger als der Mietanteil im Richtsatze, so soll dessen Kürzung unterbleiben, wenn die geringe Miete nur der Ausdruck besonderer Hilfsbedürftigkeit ist. Ist sie dagegen höher, wie sich dies in den meisten Fällen herausstellt, dann taucht die Frage auf, wie dieser Mehrbedarf zu decken ist. Die tatsächliche Miete ist oft so hoch, daß sie über den Rahmen der „tragbaren" oder „vertretbaren" Miete, auch „Höchstmiete" genannt, hinausgeht. Darum setzt der Bezirksfürsorgeverband Höchstgrenzen fest, die je nach Zahl der Bedürftigen in der Familie verschieden sind. Über diese Grenze hinaus dürfen vielfach weitere Mietbeihilfen nur bei kinderreichen Familien zur Erlangung oder Erhaltung einer Wohnung gewährt werden, die der Größe der Familie angemessen ist. Dies geschieht durch eine besondere Zuwendung von Mitteln aus dem Haushalt. Die finanzielle Lage der Fürsorgeverbände zwingen diese, eine solche Höchstgrenze einzuhalten, selbst wenn die besondere Lage des Einzelfalles eine größere Miethilfe rechtfertigen würde.

Wer seinen Wohnbedarf über die vertretbare Miete hinaus beibehält, verdient nach Ansicht der Fürsorgeverbände keine besondere Schonung in bezug auf die Anrechnung von Einkommen, auch wenn es sich um eine Anrechnung des Arbeitseinkommens von Kindern im Haushalte hilfsbedürftiger Eltern handelt.

Die Durchführung der Mietunterstützung im einzelnen wird wiederum sehr verschieden gehandhabt. In Berlin z. B. wird eine Gesamtunterstützung errechnet, bei der die Miethilfe nach außen nicht erkennbar ist. In anderen Orten wird neben der laufenden Unterstützung zum Lebensunterhalt eine besondere Miethilfe gewährt. Manchmal muß der Antrag monatlich erneuert werden, meist läuft er so lange, wie die sonstige Unterstützung gewährt wird. Zuweilen wird die Summe an den Bedürftigen gezahlt, um sein Verantwortungsbewußtsein zu stärken, mitunter erfolgt die Zahlung unmittelbar an den Vermieter. Manchmal erhält der Mieter einen Mietgutschein, manchmal wird dem Vermieter der Betrag bei der Steuerkasse gutgeschrieben.

Schließlich sei noch erwähnt, daß in Fällen der Ermittierung der Bedürftige ein geringes Umzugsgeld erhält, in Berlin z. B. regelmäßig 10 *RM*. Das reicht in den meisten Fällen nicht als Umzugsentgelt aus. Hier muß der Hilfsbedürftige, wenn ihm eine höhere Summe nicht bewilligt wird, sich an andere Organisationen — insbesondere an die NSV. — wenden, die ihm durch Lieferung eines Wagens oder durch Barmittel behilflich sind.

IV. Der Unterstützungsbetrug

Viele Hilfsbedürftige, aber auch Personen, die es nicht sind, verstehen es, durch Vorspiegelung oder Verschweigung von Tatsachen die Behörde zur Bewilligung oder Auszahlung von geldlichen oder sachlichen Unterstützungen zu bestimmen, die sie sonst nicht oder nicht in dem Umfange erlangt hätten. In den meisten Fällen ist der Tatbestand des Betruges oder Betrugsversuches (§§ 263, 43 StGB.) erfüllt, weil infolge der Täuschung die Behörde in einen Irrtum versetzt oder in ihm bestärkt wird und dieser kausal für die Verfügung ist, durch die sie in ihrem Vermögen geschädigt wird oder würde. Die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist in den meisten Fällen ebenfalls vorhanden und nachweisbar.

Die Behörde widerruft alsbald nach Entdeckung des Betruges ihre Verfügung. Das ist ohne weiteres zulässig; Verwaltungsakte, die durch arglistige Täuschung erschlichen worden sind, können von der Behörde jederzeit durch entgegengesetzten Verwaltungsakt aufgehoben werden, auch wenn sie rechtskräftig geworden sind. Der Widerruf hat nicht nur die Einstellung weiterer Unterstützung auf Grund des bisherigen

[3]) Cuno, Die Richtsätze der öffentlichen Fürsorge, Heft 19 der Reihe Aufbau und Ausbau der Fürsorge 1933, 30 und 94.

Entscheides zur Folge, sondern begründet auch die Befugnis auf Rückforderung der erschlichenen Beträge. Eine volle Einstellung der Wohlfahrtsunterstützung ist aber nur möglich, wenn der Betrüger überhaupt nicht hilfsbedürftig ist. So hat sich z. B. ein arbeitsloser Metallarbeiter, der zwei Jahre hindurch als Filmkomparse tätig war, sich aber als arbeitslos gemeldet hatte, nach Ausscheiden aus der Arbeitslosenversicherung insgesamt mehrere tausend Mark Unterstützung erschlichen. In allen anderen Fällen muß der Betrüger nach dem Maße seiner Hilfsbedürftigkeit weiter unterstützt werden; denn die Fürsorge muß selbst dem Verworfensten gewährt werden, wenn ihm keine anderen Mittel zur Verfügung stehen. Die Unterstützung kann aber auf das Unerläßliche beschränkt werden. Die Rückzahlung braucht nicht an die Voraussetzung der Sicherstellung des Lebensunterhalts geknüpft zu werden.

Eine Pflicht zur Strafanzeige des Betruges oder des Betrugsversuches besteht für die Beamten der Wohlfahrtsbehörden nicht, weil sie nicht „vermöge ihres Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken haben" (§ 346 StGB.). Der Wohlfahrtsbeamte kann aber innerdienstlich zur Mitteilung von Unterstützungsbetrügereien an die vorgesetzte Dienststelle verpflichtet sein.

V. Auftragslose Hilfeleistung

Wenn eine freie Wohlfahrtspflege den Bedürftigen unterstützt, so beginnt die öffentliche Unterstützungspflicht noch nicht mit dem Eingreifen dieser auftragslosen freien Pflege, sondern frühestens mit dem Augenblicke der Kenntnis der Fürsorgebehörde von der Hilfsbedürftigkeit.

Wenn dagegen in Eilfällen Privatpersonen, Ärzte, Anstalten u. a. zunächst auftragslos Hilfe leisten, so besteht eine öffentliche Unterstützungspflicht, jedoch muß die Hilfeleistung der Fürsorgebehörde alsbald angemeldet und von ihr genehmigt werden (Schulze, Ein Beitrag zu der Lehre von der auftragslosen Geschäftsführung in der öffentlichen Fürsorge: R.- u. PrVerwBl. 1932, 849). Die Helfer können in diesem Falle Ersatz ihrer Aufwendungen von dem Fürsorgeverbande verlangen. Hier handelt es sich um einen bürgerlichen Rechtsstreit, so daß der Rechtsweg zulässig ist. Die Aufwendungen Dritter für einen Hilfsbedürftigen „begründen nicht dadurch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, daß sie den Pflichtenkreis der öffentlichen Fürsorge berühren". Sie erhalten ihre privatrechtliche Rechtsnatur und sind daher auf Grund der Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB. als Ersatz zu fordern.

VI. Pflichtarbeit und Arbeitszwang

1. Nach § 19 RFürsVO. kann die Unterstützung Arbeitsfähiger in geeigneten Fällen durch Anweisung angemessener Arbeit gemeinnütziger Art gewährt oder von der Leistung solcher Arbeit abhängig gemacht werden. Fraglich ist, ob durch die Arbeitsbeschaffung auf Grund des § 19 ein bürgerlich-rechtliches Verhältnis entsteht. Die Anweisung von Arbeit und das Abhängigmachen der Unterstützung von Pflichtarbeit sind nach einer Entscheidung des PrKompKonflGH. (Urteil v. 15. Dez. 1928: Volkswohlfahrt 1929, 289) behördliche Entscheidungen öffentlich-rechtlicher Natur, die auf Grund dieser Entscheidungen sich ergebenden Rechtsverhältnisse stellen sich als privatrechtliche Arbeitsverträge dar. Das RArbG. hat im Urteil v. 7. Dez. 1927 entschieden, daß eine solche Pflichtarbeit ein bürgerlich-rechtliches Arbeitsverhältnis begründet, auch wenn der Pflichtige in einer Werkstatt arbeitet, die ein gemeinnütziges Unternehmen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage darstellt (vgl. ferner RGZ. 121, 283 = JW. 1928, 2912). Nach der Entscheidung des RArbG. v. 12. Okt. 1929 (RArbG. 16, 4, 29; in ZfH. 1930, 302) dagegen begründet die Beschäftigung des Unterstützungsempfängers mit gemeinnützigen Arbeiten durch den Träger der öffentlichen Fürsorgepflicht auf Grund des § 19 RFürsVO. ein öffentlich-rechtliches Verhältnis; ein privatrechtliches ist nur anzunehmen, wenn besondere Umstände den Willen der Beteiligten erkennen lassen, ein solches einzugehen. In Anbetracht dieser öffentlich-rechtlichen Natur des Pflichtarbeitsverhältnisses nach § 19 sei kein Raum für die Geltendmachung eines bürgerlich-rechtlichen Anspruchs vor den ordentlichen Gerichten.

Das RVA. hält, wenn Unterstützung von Arbeitsleistung abhängig gemacht wird, diese Tätigkeit nicht für versicherungspflichtig, mit Ausnahme der Unfallversicherung. Bei Anweisung angemessener Arbeit liegt eine Versicherungspflicht vor, wenn ausnahmsweise hinter der Form der Fürsorge ein Arbeitsverhältnis versteckt liegt, das dem Pflichtigen ein auskömmliches Einkommen für Arbeiten gewährt, die nicht zu Fürsorgezwecken bereitgestellt sind.

2. § 20 RFürsVO. regelt den Arbeitszwang bei arbeitsfähigen Personen, die infolge ihres sittlichen Verschuldens der öffentlichen Fürsorge anheimfallen oder einen Unterhaltsberechtigten anheimfallen lassen. Wenn jener die Pflichtarbeit beharrlich verweigert und dieser sich der Unterhaltspflicht beharrlich entzieht, kann er von der Verwaltungsbehörde auf Antrag des Fürsorgeverbandes usw. in einer Arbeitsanstalt oder -einrichtung zwecks Zwangsarbeit untergebracht werden. Nach § 13 RGr. kann bei Arbeitsscheu oder offenbar unwirtschaftlichem Verhalten die Hilfe auf Anstaltspflege beschränkt, offene Pflege abgelehnt werden. In Preußen sind die näheren Bestimmungen über den Arbeitszwang in den §§ 21—29 PrAusfVO. zur FürsPflVO. v. 30. Mai 1932 (GS. 207) getroffen worden.

Der „Drohparagraph" 20 RFürsVO. wird jetzt stärker angewandt, um arbeitsscheue Personen zur Pflichtarbeit heranzuziehen, wo eine solche besteht. Für Berlin ist neuerdings die Pflichtarbeit allgemein für alle Unterstützungsempfänger, die arbeitsfähig sind, angeordnet worden.

Dagegen spricht § 13 RGr. nicht von der Möglichkeit einer zwangsweisen Anstaltsunterbringung; verzichten die Betroffenen auf offene Fürsorge, so kann nicht Anstaltsfürsorge einsetzen. Allerdings werden in vielen Fällen die arbeitsscheuen Elemente nicht in der Lage sein, sich selbst zu unterhalten; dann kann auch § 13 RGr. ein gutes Druckmittel sein.

VII. Die Rückzahlungspflicht

1. Die Unterstützungsbeträge

Der Unterstützte, dessen Ehegatte und unterhaltspflichtige Anverwandte sowie der Erbe sind zum Ersatz der vom Fürsorgeverbande aufgewendeten Kosten verpflichtet (§§ 25 f. RFürsVO.). Der Unterstützte ist zur Rückzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage, also nicht mehr hilfsbedürftig ist, weil er ein hinreichendes Einkommen oder Vermögen hat. Die Kosten der Wochenfürsorge, die Aufwendungen zur Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit eines Blinden, Taubstummen oder Krüppels und die Fürsorgeleistungen für Personen unter 18 Jahren können nicht ersetzt verlangt werden (Abs. 4 des § 25 RFürsVO.).

Gegen die Rückzahlungspflicht der Unterstützten ist namentlich in letzter Zeit Sturm gelaufen worden[4]).

Allein nach herrschender Ansicht hatten die öffentlichen Geldleistungen von jeher den Charakter eines öffentlich-rechtlichen Darlehns, das die Empfänger zurückzuzahlen verpflichtet sind. Die Rechtsnatur dieser Unterstützung würde eine andere werden, wenn die Rückzahlungspflicht aufgehoben würde. Davon befreit sind nach der RFürsVO. die Kriegsbeschädigten und -hinterbliebenen und durch das Ges. über Kleinrentnerhilfe v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 580) auch die Kleinrentner, die am 1. Jan. 1918 ein Kapitalvermögen von mindestens 12000 *RM* besaßen oder einen Rechtsanspruch auf eine lebenslängliche Rente von jährlich mindestens 500 *RM* gehabt haben, deren Vermögen oder Rentenanspruch aber der Geldentwertung zum Opfer gefallen ist. Nach § 3 sind der Empfänger der Kleinrentnerhilfe, sein Ehegatte oder seine Eltern von der Rückzahlung befreit.

[4]) Auch das Sozialamt der Deutschen Arbeitsfront hat nach dieser Richtung vorgestoßen (vgl. Soziale Praxis v. 26. Sept. 1935 Heft 39). In Betracht für die Rückzahlung kommen im wesentlichen nur die ehemaligen Erwerbslosen, die jetzt wieder Arbeit gefunden haben. Von den Sozialrentnern und ähnlichen Hilfsbedürftigen ist selten Rückzahlung zu erwarten.

Darüber hinaus hat ein Rundschreiben des RArbM. und des Reichs- und Preuß. MdJ. v. 10. Nov. 1934 über „Rückforderung der Kosten öffentlicher Fürsorge" Ausnahmen von der Rückerstattungspflicht der Fürsorgeleistungen getroffen. Es geht in erster Linie die sozialen Wohlfahrtserwerbslosen an, also Arbeitslose, die nach der Aussteuerung aus der Arbeitslosen- und Krisenunterstützung Fürsorgeunterstützungsempfänger waren. Der Ersatzanspruch gegen diesen Unterstützten soll jetzt erst nach Ablauf einer Schonfrist von sechs Monaten nach der Arbeitsaufnahme geltend gemacht werden und auch nur dann, wenn der Hilfsbedürftige länger als drei Monate laufend unterstützt worden ist. Weiter ist eine gewisse Zahlungsfähigkeit vorausgesetzt. Wenn nämlich das Roheinkommen aus der Arbeit das Dreifache des Fürsorgerichtsatzes nicht erreicht, soll Ersatz überhaupt nicht verlangt werden. Fernerhin spielen Alter und Kinderzahl eine Rolle. Die Rückforderung soll unterbleiben, wenn der Unterstützte über 60 Jahre alt ist oder mehr als zwei Kinder hat. Schließlich fällt der Ersatzanspruch für die Zeit fort, in der die Unterstützung von der Leistung von Pflichtarbeit abhängig gemacht worden war. Es sind aber noch andere Erleichterungen für die Rückzahlung getroffen worden. Die Fürsorgebehörde soll keine Maßnahme mehr treffen, um die Verjährung des Rückzahlungsanspruches zu unterbrechen, insbesondere nicht durch das Verlangen eines mündlichen oder schriftlichen Anerkenntnisses. Endlich erwarten die Richtlinien von den Fürsorgeverbänden, daß sie alle Härten bei der Forderung der Rückzahlung vermeiden. Sie sollen deshalb wohlwollend prüfen, ob nicht die Eigenart des Falles und die Würdigung sozialer Belange ein höheres Maß zur Rücksichtnahme erfordern, insbesondere bei langdauernder Hilfsbedürftigkeit und bei großen Ausgaben für den Wiederaufbau der Existenz[5]). Die Richtlinien beschränken sich darauf, ein Mindestmaß der für den Ersatzpflichtigen zu gewährenden Schonung festzulegen, so daß es den Fürsorgeverbänden überlassen ist, die Erstattungspflicht noch weiter zu beschränken. Das ist z. B. in Chemnitz im Februar 1935 geschehen[6]), in Halle im Mai 1935[7]).

Dagegen bleibt die Rückzahlungspflicht dritter Personen von diesen Erleichterungen unberührt, also gegen den Ehegatten und gegenüber Eltern hinsichtlich der Leistungen, die ihren Kindern vor Vollendung des 18. Lebensjahres gewährt worden sind, und schließlich gegen den Erben im Rahmen des § 25 Abs. 3 RFürsVO. Der Verstorbene hinterläßt erfahrungsgemäß nur geringe Werte. Soweit solche vorhanden sind, kann die Fürsorgebehörde diese beschlagnahmen und als Ersatzleistung für ihre Rückzahlungsforderung verwerten.

2. Zuviel gezahlte Unterstützung

Es kommt zuweilen vor, daß Unterstützungsbeträge gezahlt werden, die dem Hilfsbedürftigen nicht zustehen. Wenn solche Summen von diesem durch betrügerische Maßnahmen erschlichen worden sind, so ist es nicht mehr als recht und billig, daß diese Summen zurückgefordert werden.

Allein, manchmal empfängt sie der Hilfsbedürftige im guten Glauben. Selbst im Falle eines unentschuldbaren Irrtums der Behörde kann diese die Mehrleistung zurückfordern; im Verwaltungsrecht gilt der Grundsatz, daß es ein Vorrecht der Verwaltung sei, sich irren zu dürfen. Nicht einmal der Einwand, i. S. des § 818 Abs. 3 BGB. nicht mehr bereichert zu sein, kann der Rückzahlungsforderung der Fürsorgebehörde entgegengehalten werden.

In vielen Fällen hat dies für die durchweg armen Hilfsbedürftigen große Härten zur Folge. So war einem Unfallverletzten, dem nach mehrinstanzlichem Verfahren eine Unfallrente zugebilligt worden war, die Fürsorgeunterstützung weiter gezahlt worden, obwohl er die Zuweisung der Rente gemeldet und ausdrücklich gefragt hatte, ob ihm die Unterstützung doch noch zustehe. Nach zwei Jahren wurde die Zahlung eingestellt, und die zuviel gezahlten Beträge wurden zurückgefordert. Selbst ein weitgehendes Entgegenkommen der Fürsorgebehörde, die aufgelaufene Summe in monatlichen Raten von 2 *RM* abzutragen, empfand der Verletzte als Last.

Der Präsident der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung hat einen Erlaß geschaffen[8]), nach dem die Rückforderung von (vor dem 1. April 1934) zuviel gezahlter Arbeitslosenunterstützung, wenn sie durch das alleinige oder das wesentliche Verschulden eines Beamten erfolgt ist, niedergeschlagen werden soll. Eine entsprechende Bestimmung gibt es im Fürsorgerecht nicht, so daß auch in diesen Fällen die Rückzahlung erfolgen muß.

[5]) Daß die Pfändungsgrenzen bei der Wiedereinziehung auch vom Wohlfahrtsamt beachtet werden müssen, ist herrschende Ansicht.
[6]) ND. 1935 Nr. 3 S. 75.
[7]) ND. 1935 Nr. 6 S. 178.
[8]) Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger v. 14. Juni 1935, Nr. 136.

Naturschutz

Von Rechtsanwalt und Notar F. Kersten, Berlin

I. Es galt früher als selbstverständlich und wurde sogar in den Schulen gelehrt, daß der Mensch die Natur vom Standpunkt der Nützlichkeit für ihn zu betrachten habe und sein Verhalten zu ihr danach einrichten könne. Da die Begriffe nützlich und schädlich aber höchst relativ sind, unterlagen die Auffassungen darüber und die von ihnen diktierten menschlichen Eingriffe in die Natur einem ständigen Wechsel. Dieser Betrachtungsweise der Natur in Verbindung mit der die Landschaft verändernden fortschreitenden Zivilisation und den Angriffen, denen die wildlebenden Tiere und Pflanzen von seiten der illegalen Nutznießer an den Erscheinungsformen der Natur ausgesetzt waren, wie der Vogelsteller, Wilddiebe, Wildpflanzen- und Reisighändler und der Gewissenlosen unter den Sammlern, ist manche Tier- und Pflanzenart zum Opfer gefallen. Zunächst gegen dieses Treiben hat sich die Volksgemeinschaft aufgelehnt. Denn der Deutsche liebt seine Heimat. Im Großstadtbewohner lebt eine tiefe Naturssehnsucht. Sie treibt Hunderttausende in die Wälder, auf die Wiesen und Felder und auf die Gewässer. Aber auch unter diesen Naturfreunden gibt es Leute, die gegen die Stimme des Gewissens die Tier- und Pflanzenwelt ständig bedrohen.

Unsere heimatliche Erde bietet uns nicht nur den Lebensraum, sie bietet uns nicht nur die Bodenschätze und Erzeugnisse, die wir für unser Leben benötigen, sie ist für unser Volk auch eine ewige Kraftquelle. Vor allem ist das deutsche Gemütsleben mit der Naturbetrachtung innig verbunden. In Sage, Märchen, Epos und Lied hat es sich durch die Jahrhunderte immer wieder offenbart und erneuert. Auf dem deutschen Boden sollen unsere Nachkommen in unserem Geiste, in unserer Weltanschauung und in unserer Lebensauffassung erwachsen. Darum muß das deutsche Heimatland mit allem, was darauf erstanden ist und ersteht, in seiner Eigenart erhalten bleiben und vor willkürlichen Veränderungen und Zerstörungen geschützt werden. Darum haben weitsichtige Männer schon vor Jahrzehnten den gesetzlichen Schutz der Natur gefordert. Im Jahre 1900 wurde der Verein zum Schutze der Alpenpflanzen gegründet, und im Jahre 1904 entstand unter Ernst Rudorffs Führung der Deutsche Bund Heimatschutz. Zwei Jahre darauf richtete Preußen die Staatliche Stelle für Naturdenkmalpflege ein. Hand in Hand mit der dichterischen Beschreibung der Schönheiten der heimatlichen Natur, wie sie uns Hermann Löns als ein ewiges Vermächtnis geschenkt hat, gingen die auf-

klärenden und belehrenden Schriften, mit denen die naturwissenschaftlichen Vorkämpfer des Naturschutzes wie Walther Schönichen das allgemeine Interesse für die Erhaltung der heimischen Landschaft und der in ihr lebenden Flora und Fauna geweckt haben. So war der Boden bereitet für den einheitlichen Naturschutz im Dritten Reich.

II. Für viele Tierformen ist der Schutz leider zu spät gekommen. Daß reißende Tiere wie Bär und Wolf, die in früheren Zeiten unsere Heimat unsicher machten, aber der Sage und dem Märchen reichen Stoff gaben, in dem Buche der deutschen Landschaft gestrichen sind, braucht uns nicht zu bekümmern. Aber wieviel harmlose Tiere sind ausgerottet worden, weil es Zeiten gab, wo der Gesichtspunkt der Nützlichkeit oder Schädlichkeit das Verhältnis zwischen Mensch und Tier bestimmte, oder wo der Gewinnsucht und der Mode ganze Tierarten zum Opfer fielen. So sind ausgerottet Auerochse, Riesenalk, Schopfibis und die schönsten Reiherarten.

Das Deutsche Reich hat bereits im Jahre 1888 den Vogelschutz gesetzlich geregelt und Schonzeiten eingeführt. Die Landesgesetzgebung hat den Schutz verstärkt. Bayern hat zunächst die von der Ausrottung bedrohten Raubvogelarten geschützt (GVBl. 1925, 44 und 1927, 11), und für Preußen ist jetzt das Fangen der wildlebenden Vögel überhaupt verboten (Ges. v. 10. März 1933 [GS. 71]). Nur einige Vogelarten wurden von dem Schutz ausgenommen, nämlich Saat- und Nebelkrähe, Dohle, Elster, Eichelhäher und Sperling[1]).

Durch das am 1. April 1935 in Kraft getretene RJagdG. v. 3. Juli 1934 (RGBl. 549) und seine Ausf.-Best. v. 27. März 1935 (RGBl. 431) ist neben den bisher jagdrechtlich geschützten Tieren, wie dem Rotwild (Hirschwild), Rehwild, Muffelwild (wilden Schafen), Schwarzwild (wilden Schweinen) und dem Hasen, auch eine Reihe von anderen Tieren für jagdbar[2]), also für Wild, erklärt und damit unter gesetzlichen Schutz gestellt worden, nämlich Biber, Otter, Dachs, Fuchs, Wildkatze, Edel- und Steinmarder sowie der Iltis. Auch das wilde Kaninchen ist für jagdbar erklärt worden. Jagdbar sind neben Federwild, wie Auer- und Birkhühnern, Rebhühnern und Fasanen, alle Tag- und Nachtraubvögel sowie die Sumpf- und Wasservögel.

Unter den jagdbaren Tieren sind mehrere dadurch besonders ausgezeichnet, daß sie vollkommen geschützt sind, so daß auch der Jagdberechtigte ihnen nicht nachstellen darf. Dazu gehören die vom Aussterben bedrohten Säugetiere: Luchs, Biber, Wildkatze, Otter und von den Vögeln die Adler, Milane (Gabelweihen), Falken, Eulen, Wachteln, Hohltauben sowie die meisten Sumpf- und Wasservögel, wie Kiebitz, Schwan, Storch, Kranich, Rohrdommel, Wasserralle, Sumpfhuhn und Regenpfeifer. Das Gesetz hat auch die Drosseln geschützt. Angesichts der starken Vermehrung dieser Vögel ist der Schutz vorübergehend aufgehoben worden.

Das andere Wild, insbesondere das Wildbret[3]), hat Schonzeiten, die in sorgfältiger Berücksichtigung der biologischen Eigentümlichkeiten der einzelnen Tierarten aufgestellt sind. Schonzeiten haben auch der Edel- und Steinmarder, der Bussard und die Möwe.

In dem nationalsozialistischen RJagdG. ist der alte deutsche Gedanke der Hege Gesetz geworden. Der Jäger muß das Wild pflegen und die jagdbaren Tiere durch waidmännische Ausübung der Jagd schonen. Dieser Geist des Gesetzes zeigt sich auch in dem Verbot der Verwendung von Tellereisen, die jetzt auch im Handel nicht mehr angeboten werden dürfen, ferner in dem Verbot des Massenfangs von Enten in nicht genehmigten Kojen sowie in dem Verbot, unter Benutzung künstlichen Lichts zu jagen.

Der Initiative des Reichsjägermeisters ist es zu verdanken, daß die Gefahr der Ausrottung, die einigen Arten der heimischen Tierwelt drohte, abgewendet ist. Sie hat dem Biber und dem Elch, die auf ein einziges enges Wohngebiet zurückgedrängt, im übrigen aber ausgerottet waren, neue Siedlungsgebiete eröffnet und dem deutschen Heimatboden das Wisent wiedergewonnen.

III. Am auffälligsten wird das Wesen der Landschaft durch ihre Flora bestimmt. Deutsches Brauchtum ist es, das Schicksal des Menschen mit dem eines Baumes zu verbinden. Seit jeher werden in Deutschland zu Ehren verdienter Männer Bäume gepflanzt, und bis in unsere Tage hat sich der Brauch erhalten, Bäume mit dem Namen der Heroen des Volkes zu versehen. Diese Baumgestalten sind echte Naturdenkmäler. Sie standen nach einem ungeschriebenen Gesetz stets unter dem Schutze der Gemeinschaft.

In neuerer Zeit hat sich an landschaftlich bevorzugten Stellen ein Schwinden der schönblumigen Pflanzen infolge des gesteigerten Reise- und Ausflugsverkehrs gezeigt. Insbesondere waren die herrlichen Alpenpflanzen den Nachstellungen der Alpenbesucher ausgesetzt. Auch die Flora des Mittelgebirges und der Ebene litt schwer unter dem rücksichtslosen Verhalten von Reisenden und Ausflüglern, von Sammlern und Händlern. Die Bestände der Schneeglöckchen und Maiglöckchen, der Leberblümchen und Primeln, der Anemonen und Orchideen wurden an manchen Stellen des Landes vernichtet. Auch die unverwelkbaren zu Dauersträußen verwendbaren Pflanzen, wie Strand- und Silberdistel und Federgras, waren infolge der Nachstellungen in ihren Beständen gefährdet. Dasselbe gilt vom Sumpfporst, der als „Mottenkraut" ein Gegenstand des Handelsverkehrs geworden war. Auch die weiße Seerose stand in manchen Gegenden vor der Ausrottung. Vielfach wurden bei der Beschaffung von Schmuckreisig Verheerungen in den Baumbeständen und Pflanzen angerichtet. Besonders die Kätzchen tragenden Weiden sowie der Wacholder und die Stechpalme mit ihrem immergrünen Laub waren den rücksichtslosen Angriffen der Händler ausgesetzt.

Zunächst versuchten die Länder durch Verordnungen bestimmte gefährdete Pflanzen zu schützen. Es wurden Listen der geschützten Pflanzen (in Bayern 135 Arten) aufgestellt. Dieses Verfahren hat sich jedoch als ziemlich wirkungslos herausgestellt. Denn weder die polizeilichen Überwachungsorgane noch die Pflanzenjäger sind zumeist in der Lage, bei den etwa 4500 heimatlichen Pflanzenarten die geschützten von den ungeschützten zu unterscheiden. Eine weitere Unsicherheit liegt darin, daß die Pflanzen im Volksmunde und in den Pflanzenbüchern anders bezeichnet sind als in den Listen der geschützten Pflanzen. So ist in der Liste der Preußischen Tier- und Pflanzenschutzverordnung v. 10. März 1933 als erste Pflanze genannt die „stengellose Kratzdistel (Silberdistel) Carlina acaulis L." Die botanischen Lehrbücher (Thomé) machen jedoch einen Unterschied zwischen stengelloser Kratzdistel und Silberdistel. Dem Botaniker zeigt aber der lateinische Name „Carlina acaulis L.", daß nur die Silberdistel oder der Eberwurz, wie die Pflanze im Volksmunde heißt, geschützt sein soll, während die stengellose Kratzdistel (Cirsium acaule) ungeschützt ist. Unter Ziffer 17 der preußischen Liste sind geschützt: „Knabenkräuter (Orchideen) (alle einheimischen Arten), Orchidaceae". Hier ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, ob nur die einheimischen Arten der Knabenkräuter im engeren Sinne geschützt sein sollen oder die ganze Familie der Orchideen, von denen die „Knabenkräuter" nur eine Gattung der dazu gehörigen Ophrydeen als Unterfamilie sind. Das letztere ist, wie der lateinische Familienname in der Liste besagt, gemeint.

Da sich der Schutz der Flora der deutschen Heimat durch Aufstellung von Listen geschützter Pflanzen als unzureichend erwies, gingen die bayerischen Bezirksämter schon frühzeitig dazu über, die Standorte der seltenen oder gefährdeten Pflanzenarten allgemein zu Pflanzenschutzgebieten zu erklären, in denen sämtliche darin befindlichen Pflanzen den gesetzlichen Schutz genießen. Bereits im Jahre 1910 wurde am Königssee ein Pflanzenschonbezirk geschaffen, der durch Verordnung des Bezirksamts Berchtesgaden v. 18. April 1921 zu einem vollständigen Naturschutzgebiet von etwa

[1]) Die Aufzählung der Arten hier und im folgenden ist nicht vollständig.

[2]) Sie waren es z. T. schon nach den Landesgesetzen.

[3]) Unter Wildbret versteht man nicht nur die genießbaren Teile des Wildes, sondern auch dieses selbst.

200 qkm ausgedehnt wurde. Diese Methode hat sich mehr und mehr im ganzen Reiche durchgesetzt. Sie ist auch wissenschaftlich begründet; denn man hat erkannt, daß die Pflanzen wie die Tiere Lebensgemeinschaften bilden, daß zwischen den einzelnen Familien, Gattungen und Arten innere Verwandtschaften bestehen, die dem bloßen Auge verborgen, „blut-" und bodengemäß aber vorhanden sind.

IV. Das ReichsnaturschutzG. v. 26. Juni 1935 (RGBl. I, 821)[4]) hat die Grundlage gelegt zu einem wirksamen Naturschutz nach allen Richtungen. In sechs einleitenden Sätzen begründet die Reichsregierung ihre Verpflichtung, durch das Gesetz „auch dem ärmsten Volksgenossen seinen Anteil an der deutschen Naturschönheit zu sichern". Angesichts der für die Fauna und Flora der deutschen Landschaft bestehenden Gefahr weist das Gesetz darauf hin, daß der sogenannten Naturdenkmalspflege nur Teilerfolge beschieden sein konnten, weil wesentliche politische und weltanschauliche Voraussetzungen fehlten, und daß erst die Umgestaltung des deutschen Menschen die Vorbedingungen für wirksamen Naturschutz geschaffen hat. Das Gesetz betrifft die Pflanzen und Tiere, die Naturdenkmäler, die Naturschutzgebiete sowie sonstige Gegenden, die zur Zierde und zur Belebung des Landschaftsbildes beitragen oder im Interesse der Tierwelt erhalten werden müssen. Da es bei der Vielgestaltigkeit der örtlichen Verhältnisse unmöglich war, eine Regelung für alle Einzelheiten zu treffen, stellt das Gesetz allgemeine Richtlinien auf und überläßt die Durchführung und Ergänzung dem Reichsforstmeister im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern. Auf diese Weise ist Gewähr dafür geschaffen, daß der Schutz des natürlichen Volksgutes den Erfordernissen der Gegend und dem Schutzgegenstande angepaßt wird. Das Gesetz ist ein Meisterwerk der Gesetzgebungskunst.

Der Schutz des ReichsnaturschutzG. erstreckt sich hinsichtlich der Fauna des Landes lediglich auf nicht jagdbare Tiere. Denn das RJagdG. v. 3. Juli 1934 hat sich bereits in weitestem Maße der Tierwelt fürsorglich angenommen und dadurch, daß es den Kreis der jagdbaren Tiere sehr weit geschlagen hat, die wildlebende Fauna mit wenigen Ausnahmen vor Nachstellungen und Ausrottung geschützt. Ungeschützt sind als nicht jagdbare Tiere nur noch Säugetiere wie Igel, Eichhörnchen und Hausmarder und von den Vögeln die häufigen Krähenarten und der Sperling. Das ReichsnaturschutzG. hat die Frage des Schutzes der nicht jagdbaren Tiere den DurchfBest. überlassen. Der Schutz des Gesetzes soll auch auf Massenfänge und industrielle Verwertung von Schmetterlingen und andere Schmuckformen der Tierwelt ausgedehnt werden.

Zu den Naturdenkmälern gehören solche Einzelschöpfungen der Natur, deren Erhaltung wegen ihrer wissenschaftlichen, geschichtlichen sowie heimatlichen und volkskundlichen Bedeutung den weltanschaulichen Bedürfnissen des Volkes entspricht. Zu den Naturdenkmälern gehören ferner „erdgeschichtliche Aufschlüsse", Wanderblöcke, Gletscherspuren, Quellen, Wasserläufe, Wasserfälle, schließlich alte oder seltene Bäume.

Naturschutzgebiete sind die Vogelschutzgebiete und Pflanzenschonbezirke sowie solche Bezirke, in denen die Natur in ihrer Ganzheit geschützt werden soll. Der vorgesehene Schutz dieser Bezirke verdient besondere Beachtung, weil so die Möglichkeit geboten wird, die „natürlichen Lebensgemeinschaften der Tierwelt" und die „natürlichen Pflanzenvereine" zu erhalten.

V. Der weitere Schutz der Natur wird durch Reichsverordnungen geregelt werden. Das Gesetz hat bereits, wie bemerkt, die modernen wissenschaftlichen Erkenntnisse, insbesondere die soziologischen Zusammenhänge zwischen den einzelnen Tierarten und den einzelnen Pflanzenarten, in den Vordergrund gestellt. Die Entwicklung im Naturschutz geht also nach der Richtung, daß weitere Schutzgebiete geschaffen werden sollen, in denen die gesamte darin lebende Tier- und Pflanzenwelt unangetastet bleibt. Das würde eine dankenswerte Abkehr von der bisherigen kasuistischen Regelung nach Tier- und Pflanzenlisten bedeuten. Die Pflanzenfreunde, die aus rein ideellen Beweggründen das Sammeln von Pflanzen betreiben, insbesondere die Studierenden und die botanisierenden Schüler, würden dann keine Gefahr mehr laufen, sich durch Aneignung einer außerhalb des Schutzgebietes gefundenen geschützten Pflanze strafbar zu machen. Daß daneben für Händler und Sammlervereine, deren Bestrebungen auch auf materiellen Gründen beruhen, die Aneignung bestimmter schutzwürdiger Pflanzen außerhalb der Schutzzonen nach sorgfältig aufgestellten Listen verboten wird, würde im Interesse der Naturfreunde, der Studierenden und der Schuljugend zu begrüßen sein. So würde dem wahren Naturfreund und dem Lernenden der Genuß der Schönheiten der heimatlichen Landschaft ermöglicht und erhalten werden. Ihnen mag daher auch die anspruchslose Freude an dem Auffinden und der Aneignung einer seltenen Pflanze gewährt werden, sofern sie sich mit dem Einzelstück begnügen und nicht die ganze an der Fundstelle wurzelnde Gemeinschaft ausrotten. Die hiernach Berechtigten durch Erlaubnisscheine nach bayerischen Vorbilde zu legitimieren, würde zur Ordnung der Dinge wesentlich beitragen.

Das „Sträußchen auf dem Hut" und die Blume im Knopfloch sind dem Ausflügler zu gönnen. Ihm zu gestatten, von wildwachsenden Blumen und Zweigen einen Handstrauß mit nach Hause zu nehmen, liegt kaum ein Bedürfnis vor, zumal die Erfahrung lehrt, daß solche Sträuße nach dem baldigen Welken der Blumen entweder auf dem Heimweg weggeworfen werden oder in den Beförderungsmitteln liegenbleiben. Wenn man ferner bedenkt, daß die Umgebung der Großstädte allsonntaglich von Abertausenden von Ausflüglern besucht wird, könnte eine derartige ausdrückliche Erlaubnis, die gleichzeitig als Anreiz wirken kann, verheerende Folgen nach sich ziehen. Wenn aber der Handstrauß durchaus gestattet werden soll, so würde sich eine Beschränkung der Erlaubnis auf Sommer und Herbst empfehlen, damit die Pflanzenwelt nicht in Knospe und Blüte angegriffen wird. Gerade im Frühjahr, wo die Kätzchen an Bäumen und Sträuchern und die ersten Blumen die Weide der Bienen sind, ist der Hang der Ausflügler, Schmuckreisig zu brechen und Blumen zu pflücken, besonders groß.

Von den wild lebenden Säugetieren sind nur noch wenige einheimische Arten ungeschützt. Die Einbeziehung des Igels in den gesetzlichen Schutz würde von allen Kennern dieses harmlosen und possierlichen Tieres dankbar empfunden werden.

Daß dem Vogelfreund das Halten von Käfigvögeln, die ja wegen des inländischen unbedingten Fangverbots der hier in Frage kommenden Arten nur aus dem Auslande bezogen werden können, weiterhin gestattet wird, erscheint selbstverständlich, wenn man bedenkt, mit welcher Liebe einsame Menschen und solche, die durch Beruf, Krankheit oder aus sonstigen Gründen an ihre Häuslichkeit gefesselt sind, an ihren gefiederten Freunden hängen.

VI. Oberste Naturschutzbehörde für das ganze Reich ist der Reichsforstmeister. Unter ihm stehen die höheren sowie die unteren Verwaltungsbehörden für ihren Bezirk. Jede Naturschutzbehörde richtet eine beratende Stelle für Naturschutz ein. Den Naturschutzstellen obliegt die wissenschaftliche Erforschung sowie die dauernde Beobachtung und Überwachung der zu schützenden oder geschützten Gebiete. Die oberste Naturschutzbehörde hat in der Reichsstelle für Naturschutz eine beratende Stelle, die gleichzeitig für die einheitliche Wirksamkeit der einzelnen Naturschutzstellen zu sorgen hat. Neben ihr steht ein Naturschutzbeirat.

Über die Naturdenkmäler wird ein Naturdenkmalbuch geführt, über Naturschutzgebiete ein Reichsnaturschutzbuch. Die Eintragung eines Naturdenkmals wird von der unteren Naturschutzbehörde, die Eintragung eines Naturschutzgebiets von der obersten Naturschutzbehörde verfügt. Durch die Eintragung in diese Listen erhalten die darin bezeichneten Gegenstände und Flächen den Schutz des ReichsnaturschutzG.

Der Reichsforstmeister kann im Einvernehmen mit den

[4]) Ergänzt durch die VO. des Reichsforstmeisters v. 31. Okt. 1935 (RGBl. 1275).

beteiligten Fachministern Landflächen, die fiskalisches Eigentum sind, zu Reichsnaturschutzgebieten erklären. In Privatbesitz befindliche Grundflächen, die in einem Reichsnaturschutzgebiet liegen oder daran grenzen, können enteignet werden, wenn dies für die Zwecke des Naturschutzes erforderlich ist.

VII. Das ReichsnaturschutzG. hat den Grundstein gelegt zu einer neuen Betrachtung unserer heimatlichen Natur. Der ausdrückliche Schutz ihrer Erscheinungsformen läßt einen jeden deren Bedeutung für unser Volkstum innewerden, und alle Verständigen und Gutgesinnten werden mit dazu helfen, daß die im Gesetz verankerten Gedanken in das Denken und Fühlen aller Volksgenossen eingehen.

Zur Frage des Eigentumsvorbehaltes nach tschechoslowakischem Rechte

Eigentumsvorbehaltsklausel auf der Faktura

Von Rechtsanwalt Dr. Rolf Haller, Prag

Ein Kaufvertrag kommt durch die Willenseinigung der Parteien, in der Regel durch die Einigung über Ware und Preis zustande. Das Eigentum erlangt der Käufer jedoch nicht durch den Kaufvertrag, sondern erst durch die Übergabe der Ware, dies aber auch dann, wenn es sich um Borgkauf handelt.

Das ABGB. kennt den Eigentumsvorbehalt nicht, Judikatur und Praxis haben jedoch den Eigentumsvorbehalt anerkannt und es ist, wie nach dem deutschen BGB. § 455 „im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung des Kaufpreises erfolgt".

Bisher wurde nun eine Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt gefordert, welche ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärt werden mußte. Die in der Praxis von Kaufleuten gehandhabte Gepflogenheit, sich den Eigentumsvorbehalt durch einen diesbezüglichen Aufdruck auf den Fakturen sichern zu wollen, wurde von der Spruchpraxis nicht als Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes angesehen.

Nunmehr hat das Oberste Gericht in seiner Entscheidung v. 16. April 1935, RV I 613/35, mit dieser Rechtsansicht gebrochen und den Eigentumsvorbehalt auf der Faktura dann als gültig betrachtet, wenn die Faktura vor oder spätestens gleichzeitig mit der Ware bei dem Käufer einlangte.

Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

„Der bloße Vorbehalt des Eigentums, der auf der eingeschickten Faktura vermerkt ist, und das Schweigen des Käufers in diesem Punkte ist zwar noch keine konkludente Handlung, aus welcher ohne Zweifel darauf geschlossen werden konnte, daß der Käufer mit dem Vorbehalte übereinstimmt, und deshalb ist es schon dadurch, daß sich der Käufer gegen die Klausel in der Faktura nicht verwahrte, noch zu keiner Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt gekommen. Aber daraus folgt nur, daß der Verkäufer in einem solche Falle nicht geltend machen könnte, daß ihm das aus dem verabredeten Vorbehalte des Eigentumsrechtes hervorgehende Recht zusteht, aber damit ist noch nicht die Frage entschieden, ob der Verkäufer trotzdem nicht Eigentümer der verkauften Ware bis zur Bezahlung des Kaufpreises geblieben ist. Das Eigentum wird durch Übergabe übertragen, wenn sie mit dem übereinstimmenden Willen des Veräußernden und des Erwerbenden verbunden ist, das Eigentum zu übertragen bzw. zu übernehmen.

Das Eigentum wird also nicht übertragen, wenn der diesfällige Wille der einen oder der anderen Partei fehlt. Demzufolge hindert die Erklärung des übergebenden (durch den Eigentumsvorbehalt auf der Faktura), daß er durch die Übergabe das Eigentum an den Erwerber nicht übertragen will oder daß er es nur unter einer bisher nicht eingetretenen Bedingung übertragen wollte, an und für sich den Übergang des Eigentums, und diese Wirkung hängt nicht davon ab, ob der Erwerber den Vorbehalt anerkennt und ob der Veräußerer hierdurch den Vertrag verletzt oder nicht. Diese Willensäußerung muß allerdings dem Erwerber früher zugehen, als er die ihm übergebene Sache übernimmt, also entweder vor der Übergabe oder spätestens bei derselben, weil der Erwerber sonst, wenn der Veräußerer verpflichtet ist, ihm das Eigentum zu verschaffen, wie dies bei einem Kaufvertrage der Fall ist, voraussetzen muß (§ 863 ABGB.), daß der Veräußerer die Absicht hat, durch die Übergabe das Eigentum zu übertragen, wenn er nicht das Gegenteil erklärt."

Das Wiederaufleben der vollen Ausgleichsforderung nach tschechoslowakischem Rechte

Von Dr. Oswald, Rechtsanwalt in Tachau bei Marienbad (C. S. R.)

Angesichts der vielfachen wirtschaftlichen Zusammenhänge, die zwischen dem Deutschen Reich und der Tschechoslowakei bestehen, erscheint es geboten, an dieser Stelle eine Frage zu behandeln, die auch für reichsdeutsche Wirtschaftskreise, welche zur Tschechoslowakei Beziehungen haben, von allergrößter Bedeutung ist.

Nach § 67 der tschechoslowakischen Ausgleichsordnung vom 27. März 1931 (GesSamml. 64, 1931) verlieren alle im Ausgleich gewährten Nachlässe und sonstigen Begünstigungen ihre Wirksamkeit, wenn der bestätigte Ausgleich nicht erfüllt wurde, obzwar der Schuldner vom Gläubiger mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihm in dieser Mahnung eine mindestens achttägige Nachfrist gewährt wurde. Der Gläubiger muß daher, wenn er die Ausgleichsquote nicht rechtzeitig bekommt, den Ausgleichsschuldner mit eingeschriebenem Brief mahnen und ihm die Nachfrist von acht Tagen gewähren, und erst dann, wenn auch daraufhin der Schuldner das Versäumte nicht nachholt, verlieren die im Ausgleich gewährten Nachlässe und sonstigen Begünstigungen ihre Wirksamkeit, erst dann kann der Gläubiger volle 100% verlangen. Auch in diesem Falle aber bleiben die Rechte, die dem Gläubiger aus dem Ausgleich gegenüber dem Schuldner oder anderen Personen erwachsen, unberührt, vor allem seine Rechte gegenüber dem Ausgleichsbürgen; diesen kann er immer noch für die verbürgte Quote in Anspruch nehmen, aber auch nur für diese.

Eine weitere Frage, die praktisch von erheblicher Bedeutung ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang mit der neuen Vorschrift des § 63, wonach auf Grund des Auszuges aus dem Anmeldungsverzeichnis Exekution geführt werden kann, so wie auf Grund eines Urteiles, und zwar sowohl gegen den Ausgleichsschuldner, wie auch gegen den Bürgen. War die Forderung zum Ausgleich angemeldet und wurde sie vom Ausgleichsschuldner und vom Ausgleichsverwalter nicht bestritten, so kann der Gläubiger vom Ausgleichsgerichte einen seine Forderung betreffenden Auszug aus dem Anmeldungsverzeichnis verlangen; wird nun der Ausgleich nicht einge-

halten und hat der Gläubiger die qualifizierte Mahnung mit eingeschriebenem Brief und mindestens achttägiger Nachfrist gegeben und wurde trotzdem die Quote nicht nachgeholt, so sollte man meinen, daß daraufhin der Gläubiger auf Grund des Auszuges aus dem Anmeldungsverzeichnis gegen den Schuldner sofort Exekution führen kann, und zwar nicht nur auf die Quoten, sondern auf die gesamten 100%, da ja durch die Nichteinhaltung der Nachfrist im Sinne des § 67 alle im Ausgleich gewährten Nachlässe und sonstigen Begünstigungen ihre Wirksamkeit verlieren. Merkwürdigerweise nimmt das Oberste Gericht in Brünn einen anderen Standpunkt ein, indem es in einem solchen Falle die Exekution zur Befriedigung bloß auf die im Zeitpunkt der Exekutionsführung bereits fälligen Raten zuläßt, auf die übrigen, noch nicht fälligen Quoten dagegen nur Sicherungsexekution, die aber nach § 63 Abs. 1 der Ausgleichsordnung an das Erfordernis der Gefahrbescheinigung gebunden ist.

Diese Auffassung wird vom Obersten Gericht ständig vertreten, das erstemal wurde sie ausgesprochen in der Entscheidung v. 7. April 1933, Vážný 12511, in jüngster Zeit in der Entscheidung v. 7. Febr. 1935, R I 41/35 (deutsch in der EntschSamml. des Verlages Rohrer in Brünn, Beilage zur Juristenzeitung, Bd. XV Nr. 2109, S. 140). Der Spruch dieser neuesten Entscheidung lautet: „Für die Exekutionsführung nach § 63 der Ausgleichsordnung entscheidet der Inhalt des bestätigten Ausgleiches, und wenn dieser nicht den Terminsverlust bestimmt, werden nicht alle Ausgleichsraten fällig und vollstreckbar, falls eine davon nicht rechtzeitig bezahlt wurde. In solchen Fällen hat der Gläubiger die Wahl, entweder auf Grund des Exekutionstitels nach § 63 der Ausgleichsordnung oder infolge Wiederauflebens der Forderung (§ 67 der Ausgleichsordnung) nach dem etwaigen, auf die ganze Forderung lautenden ursprünglichen Exekutionstitel Exekution zu führen."

Diese Einstellung des Obersten Gerichtes ist für den Ausgleichsgläubiger in höchstem Grade ungünstig, und daß sie auch objektiv nicht befriedigen kann, weil sie weder juristischer Auslegung, noch wirtschaftlicher Auffassung standhält, wurde wiederholt dargetan. Trotzdem ist das Oberste Gericht bei seiner Auffassung verblieben und man muß damit rechnen, daß es auch in Hinkunft von ihr nicht abgehen wird, da die bisher vorgebrachten Gegengründe es nicht zu überzeugen vermochten.

Prüft man nun die praktischen Folgerungen, die diese Rechtsprechung des Obersten Gerichtes zur Folge hat, so ergibt sich, daß der Gläubiger, dessen Forderung zum Ausgleich angemeldet war und nicht bestritten wurde, nur auf die bis zur Exekutionsführung fällig gewordenen Ausgleichsraten Exekution zur Befriedigung führen kann, auf die übrigen Quoten, die noch nicht fällig waren, höchstens die an die Voraussetzung der Gefahrbescheinigung gebundene Sicherungsexekution. Hätte der Gläubiger dagegen seine Forderung nicht angemeldet, so wäre er in seinem weiteren Vorgehen nicht im Sinne der oberstgerichtlichen Rechtsprechung beschränkt, sondern könnte ein Urteil auf die volle, wiederaufgelebte Forderung erwirken und auf Grund dieses Urteiles unbeschränkt Exekution führen, also auch auf die noch nicht fälligen Ausgleichsraten, und sogar auch auf den die angenommene Quote übersteigenden Restbetrag seiner Forderung. Es erweist sich also, daß der Gläubiger, den der Gesetzgeber durch die neue Bestimmung des § 63 über den Auszug aus dem Anmeldungsverzeichnis doch zweifellos besser stellen wollte, als es bisher der Fall war, durch die unmögliche Auslegung, die das Oberste Gericht dieser Gesetzesstelle gibt, schlechter gestellt wird, daß dagegen der Gläubiger, für dessen Forderung im Ausgleichsverfahren ein Exekutionstitel nicht geschaffen wird, besser gestellt ist, weil er bei Wiederaufleben der vollen Forderung unbeschränkt auf die vollen 100% Exekution führen kann. Allerdings findet man die Auffassung vertreten, daß auch ein Urteil — zum Unterschied von dem Auszug aus dem Anmeldungsverzeichnis — an der Fälligkeit der Quote nichts zu ändern vermöge, doch die herrschende Meinung und die Praxis der Gerichte läßt auf Grund eines Urteils die sofortige Exekutionsführung auf die ganzen 100% zu.

Der Ausgleichsgläubiger hat aus dieser oberstgerichtlichen Rechtsprechung die Folgerungen zu ziehen, das heißt sein Verhalten so einzurichten, daß die ungünstigen Folgen, die sich für ihn ergeben müßten, vermieden werden. Dies kann auf verschiedene Weise geschehen, einmal dadurch, daß der Gläubiger seine Forderung zum Ausgleich nicht anmeldet, denn in diesem Falle kann ein Exekutionstitel in Form eines Auszuges aus dem Anmeldungsverzeichnis (§ 63 der Ausgleichsordnung) nicht entstehen und der Gläubiger kann, wenn er durch Übermittlung des eingeschriebenen Briefes mit achttägiger Nachfrist die Voraussetzung für das Wiederaufleben der ganzen Forderung nach § 67 geschaffen hat, seine gesamte Forderung einklagen und auf Grund des ergehenden Urteiles, Zahlungsbefehls oder Wechselzahlungsauftrages sofort auf die vollen 100% Exekution führen, also nicht nur auf die nach dem Ausgleich bereits fälligen Quoten.

Einen Nachteil hat dieser Vorgang allerdings, denn die Hemmung der Verjährungsfrist, die sich nach § 11 der Ausgleichsordnung aus der Anmeldung ergibt, tritt bei unterlassener Anmeldung nicht ein und die Verjährung läuft ungeachtet des Ausgleichsverfahrens weiter. Indessen wird dies, praktisch gesehen, kaum schaden, denn jede Quotenzahlung ist ein Anerkenntnis, das die Verjährung nicht nur hemmt, sondern sogar unterbricht, und wenn es nötig ist, wird gegenüber dem Ausgleichsschuldner der Gläubiger wohl immer in der Lage sein, sich ein Anerkenntnis geben zu lassen und dadurch die Unterbrechung der Verjährung zu bewirken.

Der vorgeschlagene Weg wird daher in der Praxis meistens gangbar sein, aber doch nicht immer, denn es kann sich die Lage ergeben, daß der Gläubiger ein besonderes Interesse hat, auf das Ausgleichsverfahren und namentlich auf die Abstimmung Einfluß zu gewinnen, und hierzu ist die Anmeldung seiner Forderung nötig. Auch in einem solchen Fall aber kann er die lästigen Beschränkungen vermeiden, die sich hinsichtlich der Exekutionsführung aus der oberstgerichtlichen Rechtsprechung ergeben, und zwar dadurch, daß er die Aufnahme einer Klausel in den gerichtlichen Vergleich veranlaßt, wonach bei Nichterfüllung des Ausgleiches Terminsverlust eintritt. Er wird dem Ausgleich nur unter der Bedingung zustimmen, daß diese Klausel aufgenommen wird, und gegebenenfalls andere Ausgleichsgläubiger veranlassen, dieselbe Forderung zu stellen, wenn dies zur Erzielung der erforderlichen Mehrheit nötig ist. Die Zulässigkeit einer solchen Klausel, die ich schon seit Jahren vorschlage, wird nunmehr in der erwähnten Entscheidung des Obersten Gerichtes vom 7. Febr. 1935, R I 41/35, ausdrücklich bestätigt.

Schließlich hat der Gläubiger noch eine weitere Möglichkeit. Hat er nämlich seine Forderung zum Ausgleich angemeldet und wurde sie in das Anmeldungsverzeichnis eingetragen und nicht bestritten, hat er sohin für seine Forderung einen Exekutionstitel nach § 63 der Ausgleichsordnung erworben, und schafft er sodann durch Setzung der achttägigen Nachfrist mit eingeschriebenem Brief die Voraussetzungen für das Wiederaufleben der ganzen Forderung, und beträgt beispielsweise die Ausgleichsquote 60%, so kann er die restlichen 40% einklagen und auf Grund des ergehenden Urteiles sofort Exekution führen, jedoch nur auf die 40%, bezüglich der 60%, für die durch das Ausgleichsverfahren ein Exekutionstitel geschaffen wurde, ist er mit der Exekutionsführung zur Befriedigung auf die jeweils fälligen Quoten beschränkt, außer es wären für die noch nicht fälligen Quoten die Voraussetzungen der Sicherungsexekution gegeben.

Dagegen darf der Gläubiger die 60% nicht einklagen, denn für diesen Betrag wurde im Ausgleichsverfahren in Form des Auszuges aus dem Anmeldungsverzeichnis bereits ein Exekutionstitel geschaffen; eine solche Klage auf die 60%ige Quote müßte abgewiesen werden, denn es stünde ihr zwar nicht die prozessuale Einrede der rechtskräftig entschiedenen Streitsache entgegen, wohl aber die materiellrechtliche Einwendung der Novation (Entscheidung des Obersten Gerichtes v. 15. Nov. 1934, R I 1332/34, deutsch in der EntschSamml. des Verlages Rohrer, Beilage zur Juristenzeitung, Bd. XV Nr. 2027, S. 60).

Selbstredend kann der Ausgleichsgläubiger, wenn er

schon außerhalb des Ausgleichsverfahrens einen Exekutionstitel, etwa in Form eines Urteiles, erwirkt hat, auf Grund dieses Titels jederzeit die vollen 100% in Exekution ziehen, sobald er durch Setzung der achttägigen Nachfrist mit eingeschriebenem Brief die Voraussetzungen hierfür geschaffen hat.

Zum Schluß ist auf einige weitere oberstgerichtliche Entscheidungen zu verweisen, welche Fragen behandeln, die hierher gehören. Was zunächst die qualifizierte Mahnung mit eingeschriebenem Brief nach § 67 der Ausgleichsordnung anlangt, so spricht die Entscheidung v. 28. April 1933, Vážný 12.562 (deutsch in der EntschSamml. des Verlages Rohrer, Beilage zur Juristenzeitung, Bd. XIII Nr. 1644, S. 173) aus, daß durch eine Klage eine solche Mahnung ersetzt wird, wie auch die Präsentierung eines Wechsels; hatte die neben der Klage dem Schuldner übermittelte Mahnung den Erfordernissen des § 67 der Ausgleichsordnung nicht entsprochen, so kann sich der Schuldner auf diese Mangelhaftigkeit nicht mehr berufen, wenn er binnen acht Tagen nach Zustellung der Klage die überfällige Ausgleichsrate nicht bezahlt hat. In den Entscheidungsgründen ist gesagt, daß die Vorschrift des § 67 keine Begünstigung für säumige Schuldner bilden soll, sondern bloß als Schutz gegen mögliche Härten und Schikanen gedacht war, zu denen die strenge Vorschrift der alten Ausgleichsordnung Anlaß gegeben hatte; einen solchen Schutz verdiene jedoch nicht ein Schuldner, der auch nach der Klage seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

In gleichem Sinne lautet die oberstgerichtliche Entscheidung v. 6. Sept. 1934, Rv 1331/31 (deutsch in der EntschSamml. des Verlages Rohrer, Beilage zur Juristenzeitung, Bd. XV Nr. 1966, S. 2). Sie besagt: „Nach Eröffnung des Ausgleichsverfahrens aufgelaufene Wechselprovisionen und Kosten von Wechselklagen werden durch den Ausgleich nicht berührt und müssen in jedem Falle voll berichtigt werden. Die Nichtzahlung solcher durch den Ausgleich nicht berührter Forderungen sowie der seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen von Ausgleichsforderungen ist jedoch ohne Einfluß auf das Wiederaufleben der Forderungen nach § 67 der Ausgleichsordnung. Die qualifizierte Mahnung nach § 67 der Ausgleichsordnung muß von dem Gläubiger herrühren, der die Folgen der Nichterfüllung des Ausgleiches geltend macht; sie wird zwar durch die Klage auf Zahlung der ganzen Forderung aus dem Grunde der Nichterfüllung des Ausgleiches ersetzt, keineswegs aber durch einen Antrag auf Exekutionsbewilligung. Ein während des Ausgleichsverfahrens erwirkter Exekutionstitel verliert durch die Erfüllung des Ausgleiches nicht seine Wirksamkeit, soweit er Ansprüche betrifft, die durch den Ausgleich nicht berührt werden; dies gilt auch von Exekutionskosten."

Wichtige Feststellungen über das Wesen der achttägigen Nachfrist enthält die Entscheidung v. 27. Juni 1934, Vážný 13.689 (deutsch in der EntschSamml. des Verlages Rohrer, Beilage zur Juristenzeitung, Bd. XIV Nr. 1958, S. 281). Danach ist diese Nachfrist des § 67 der Ausgleichsordnung eine materiellrechtliche Frist, die von der Zeit an zu rechnen ist, in der der eingeschriebene Brief dem Schuldner zugekommen ist, und zwar in dem Sinne, daß es dem Schuldner bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit (§ 1297 allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) möglich war, in das Schreiben Einblick zu nehmen; bei Hinterlegung im Postfach des Adressaten beginnt der Lauf der achttägigen Frist mit dem auf die Hinterlegung folgenden Tage.

Schließlich ist zu verweisen auf die oberstgerichtliche Entscheidung v. 1. März 1934, Vážný 13.324. Danach ist der betreibende Gläubiger, der gemäß § 67 Wiederaufleben der Forderung geltend macht und auf Grund eines bereits vorhandenen Urteiles Exekution führt, nicht verpflichtet, in dem Exekutionsantrag die Voraussetzungen für das Wiederaufleben seiner Forderung zu behaupten oder gar zu beweisen. Diese Entscheidung ist wichtig, weil bekanntlich das Oberste Gericht die Bestimmungen der §§ 54 u. 55 der Exekutionsordnung über die Behauptungs- und die Nachweisungspflicht des betreibenden Gläubigers sehr strenge auslegt. Wird also im Exekutionsgesuch Wiederaufleben der gesamten Forderung geltend gemacht, so muß der betreibende Gläubiger hierüber nichts behaupten, noch beweisen; trotzdem wird es sich empfehlen, daß er in seinem Antrag den Sachverhalt darstellt, also anführt, daß auf Grund des gerichtlich bestätigten Ausgleiches der Schuldner soundsoviel Prozent in Raten zu zahlen hat, wovon bisher soundsoviel Raten fällig waren, die nicht bezahlt wurden, und daß er gemäß § 67 den Schuldner mit eingeschriebenem Brief und unter Setzung einer achttägigen Nachfrist zur Nachholung der überfälligen Raten aufgefordert hat.

---

9. Vollsitzung der Akademie für Deutsches Recht

Am 30. Nov. d. J. versammelte die Akademie für Deutsches Recht ihre Mitglieder und zahlreiche deutsche und ausländische Gäste zu ihrer 9. Vollsitzung im Berliner Rathaus, auf der nach Begrüßungsworten des Präsidenten, Reichsministers Dr. Frank, Reichsbankpräsident Dr. Schacht, Professor Garner von der Universität Illinois (USA.) und der Hauptstellenleiter des Reichsrechtsamts der NSDAP., Ministerialrat Dr. Engert, sprachen.

Außer den Mitgliedern der Akademie waren zahlreiche führende deutsche Rechtswahrer, Vertreter von Partei und Staat, des deutschen Wirtschaftslebens und viele deutsche und ausländische Ehrengäste erschienen. Unter den letzteren befand sich auch der englische Verteidiger des Memeldeutschtums, Sir Alexander Lawrence, der anläßlich der Tagung der deutschen Landesgruppe der International Law Association vor der Akademie für Deutsches Recht am Tage vorher über „Das Problem des Memelgebietes" gesprochen hatte. Im Verlaufe der Vollsitzung nahm Reichsminister Dr. Frank Gelegenheit, auf das Verdienst von Sir Alexander Lawrence hinzuweisen, das dieser sich im Kampfe um das Recht an der Memel erworben hat:

„Als damals die deutschen Memelländer in ihrem furchtbaren Ringen erkannten, daß sie auf sich selbst gestellt, nur von der Liebe des Gesamtvolkes getragen, ihre Mission durchführen mußten, als die Maßnahmen des litauischen Gewaltregimes unsere Memelländer zu erdrosseln drohten, da fand sich ein mutiger, bescheidener englischer Rechtsanwalt, der vor die ganze Welt hintrat und sagte: ‚Obwohl ich kein Deutscher bin, hier geschieht einem edlen Volk Unrecht und hier trete ich mit meiner ganzen Person ein!' Ich begrüße in unserer Mitte Sir Alexander Lawrence, der auf meine Bitte heute an dieser Sitzung als unser Ehrengast teilnimmt; ich möchte ihm sagen, daß wir für sein mutiges Verhalten um so mehr Verständnis haben, als er wegen seines Eintretens für das Recht der Memelländer von den Litauern ausgewiesen wurde."

Reichsminister Dr. Frank eröffnete die 9. Vollsitzung der Akademie mit dem Gedenken an den nationalsozialistischen Vorkämpfer für Volk und Recht, Theodor von der Pfordten, mit folgenden Worten:

„Wir haben in diesem Monat November in München auf dem Königlichen Platz die Toten der Bewegung vom November 1923 zur Ewigen Wache der nationalsozialistischen Bewegung gebettet. Unter diesen Toten befindet sich auch mein Freund und unser Kamerad Theodor von der Pfordten. Als wir auch ihm diese Weihestätte gegeben hatten, war es

mir klar geworden, daß die Akademie für Deutsches Recht die lebendige Hüterin des Vermächtnisses dieses größten nationalsozialistischen Juristen sein muß, und daß aus dem Geist dieser Toten vom November 1923 auch der unsterbliche Geist des deutschen Rechts emporsteigt."

Nachdem sich die Anwesenden zur Ehrung der Toten vom 9. November von ihren Plätzen erhoben hatten, hieß Dr. Frank die Gäste willkommen und fuhr fort:

„Es ist eine besondere Freude und heilige Pflicht, in der ersten Vollversammlung der Akademie seit dem Parteitag der Freiheit den Dank der Akademie an den Führer und Reichskanzler dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß durch die grandiose Rechtsgestaltung der Nürnberger Gesetze ein großes Ziel des Nationalsozialismus verwirklicht worden ist. Wir nationalsozialistischen Rechtswahrer wurden und werden in der weiten Welt immer wieder angegriffen wegen der sogenannten ‚Judengesetzgebung'. Ich muß daher ganz kurz und präzis zum Ausdruck bringen, daß das, was uns deutschen Juristen aufgegeben ist, nur vom deutschen Geist aus geregelt und gelöst werden kann. Wir maßen uns nicht an, den Begriff etwa des Angehörigen eines fremden Volkes zu definieren. Aber was deutsch ist, das definieren wir allein. Wir müssen daher bitten, daß die Herren aus dem Auslande aus dieser Grundhaltung des nationalsozialistischen Rechtswollens entnehmen, daß wir genau so gut Deutsche sind, wie seit fünf Jahrtausenden die Angehörigen des jüdischen Volkes für sich beansprucht haben Juden zu sein, und daß wir daher die Trennung von deutschem Volk und jüdischem Volk vollzogen haben in der klaren Mission, die uns aufgegeben ist.

Die Nürnberger Gesetze sind die große revolutionäre Tat des Nationalsozialismus und, täuschen wir uns nicht, die Welt schaut auf diese Gesetze als eine große klare Errungenschaft. Wir haben die Fahne des Nationalsozialismus wieder aufgerichtet über einem neuen Wollen des Rechts, und dieses Wollen ist so gewaltig, daß wir erst allmählich in Generationen hineinwachsen. Aber ebenso soll der Stolz auf die Größe dieser Zeit von nun ab über dem deutschen Recht lebendig bleiben."

Der Minister begrüßte dann den Reichsbankpräsidenten und beauftragten Reichswirtschaftsminister Dr. Schacht, der anschließend über die Deutsche Aktienrechtsreform sprach.

Da die Rede des Reichsbankpräsidenten sowohl im Hauptteil wie auch im Wirtschaftsteil der Tagespresse einen großen Widerhall gefunden hat, wollen wir uns hier mit einer Wiedergabe der 10 leitenden Gesichtspunkte begnügen, von denen nach den Ausführungen von Dr. Schacht die neue Aktiengesetzgebung getragen sein soll:

1. Rechtssicherheit auf wirtschaftlichem Gebiet ist unerläßlich.

2. Aktiengesellschaften sind ein geeignetes Instrument, besonders in einer kapitalarmen Wirtschaft, zum Aufbau moderner Wirtschaftsunternehmungen.

3. Die willige Mitarbeit des einzelnen Unternehmers und Sparers ist unentbehrlich.

4. Die leichte Verkehrsfähigkeit der Aktie ist notwendig für die Aufbringung der erforderlichen Kapitalien.

5. Führer werden nicht ernannt, sondern entstehen und müssen sich als solche bewähren.

6. Das Verantwortungsgefühl des Wirtschaftsführers darf nicht geschwächt, sondern muß gefördert werden.

7. Zwischen Betriebsführern und Aktionären muß ein gleiches Vertrauensverhältnis bestehen wie zwischen Betriebsführern und Gefolgschaft.

8. Rechnungskontrolle gegenüber dem Wirtschaftsführer ist notwendig.

9. Die Verschiedenheit von Zweck und Inhalt der Aktienunternehmung bedingt eine gewisse Freiheit der Satzung in der Aufstellung der Organisationsvorschriften.

10. Das neue Aktienrecht muß ebensosehr auf die Aufgaben der Zukunft wie auf die Mängel der Vergangenheit ausgerichtet werden.

Am Nachmittag nahm als erster Redner der bekannte Professor für Völkerrecht an der Universität Illinois, James W. Garner, das Wort zum Thema „Das Völkerrecht in den Kriegen der Zukunft".

Die Tatsache, daß während der Kriege der Vergangenheit Rechtsverletzungen vorgekommen seien, so führte Prof. Garner aus, beweise nichts gegen die Geltung oder die Nützlichkeit des Kriegsrechts überhaupt. Das treffe für das Völkerrecht ebenso zu wie für das Recht in den einzelnen Ländern. Hinsichtlich des Internationalen Kriegsrechts seien die Fälle, in denen das Recht bewußt mißachtet worden wäre, verhältnismäßig selten im Vergleich zu denjenigen Fällen gewesen, in denen es beachtet worden sei und in denen es daher dem Vorgehen der Kriegführenden wirksame Schranken gezogen habe. Der nächste große Krieg werde in weitgehendem Maße ohne feste Normen geführt werden müssen, oder unter Normen, die unwirksam oder den gegenwärtigen Verhältnissen schlecht angepaßt seien, wenn nicht in der Zwischenzeit die bestehenden Vorschriften revidiert und durch neue ergänzt werden würden.

Garner beschäftigte sich dann mit den Nachkriegsentwürfen hinsichtlich einer Regelung des zukünftigen Luft- und Seekrieges und der Bemühungen um ein neues, tatsächlich brauchbares Kriegsrecht.

Mit Bemerkungen über die Pflichten der Neutralen schloß Garner seine mit Spannung aufgenommenen Ausführungen.

Abschließend nahm der Hauptstellenleiter des Reichsrechtsamts der NSDAP., Ministerialrat Dr. Engert, das Wort zu einer Ehrung für den am 9. November 1923 an der Feldherrenhalle in München gefallenen Rat am Bayrischen Obersten Landesgericht, Theodor von der Pfordten. Dr. Engert gab zunächst eine kurze Darstellung des Werdeganges des nationalsozialistischen Rechtsvorkämpfers und schilderte dann in packenden Worten das Werken und Schaffen Theodor von der Pfordtens als Philosoph, Jurist und Erzieher des Volkes in Wort und Schrift. Er erinnerte daran, daß sich von der Pfordten in zahlreichen Aufsätzen für die Erneuerung des völkischen Lebens eingesetzt habe, daß ihn das Erlebnis des Weltkrieges zum politischen Vorkämpfer werden ließ und ihn in gläubigem Vertrauen zur Fahne Adolf Hitlers rief. In engster Verbindung mit dem Führer legte von der Pfordten damals die Grundzüge eines neuen Strafgesetzbuches und einer neuen Reichsverfassung nieder. Wohl fiel er vor der Feldherrenhalle, doch weiter lebt er im Gedächtnis der deutschen Juristen als das Ideal des deutschen Richters und des deutschen Mannes.

Die nächste Vollsitzung der Akademie für Deutsches Recht wird, wie ihr Vizepräsident Geh. Rat Prof. Dr. Kisch bekanntgab, im Februar des kommenden Jahres stattfinden. Im Mai 1936 wird die Landesgruppe des Internationalen Vereins zum Schutze des geistigen Eigentums unter dem Vorsitz von Reichsminister Dr. Frank in engem Zusammenwirken mit der Akademie für Deutsches Recht eine internationale Tagung abhalten, die sich mit den Fragen des Schutzes der geistigen Arbeit auf gewerblichem Gebiet befassen soll. Dieser Veranstaltung wird dann der große Juristentag in Leipzig folgen.

Dr. Z.

Aufgaben der Vollstreckungsgerichte bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen stellt die Vollstreckungsgerichte gegenwärtig vor weit schwierigere und verantwortungsvollere Aufgaben als früher. Der Vollstreckungsrichter darf sich nicht, wie es ehedem die Regel war, darauf beschränken, die Verfahren formell zu leiten und die jeweils an ihn herantretenden Einzelentscheidungen zu treffen. Er muß sich, wenn er den ihm vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben voll gerecht werden will, vor allem auch der wirtschaftlichen Seite der Verfahren zuwenden, und in dieser Hinsicht selbständige Anregungen geben, um als Führer und Berater der Beteiligten auf eine wirtschaftlich zweckvolle und gerechte Abwicklung der Verfahren hinzuwirken.

Besonders bedeutsam ist die Stellung des Vollstreckungsrichters bei der Zwangsverwaltung. Die Zwangsverwaltung kann nur dann zielbewußt und nutzbringend geführt werden, wenn sowohl die Beteiligten wie der Zwangsverwalter und vor allem auch der Richter sich über das mit dem Verfahren Erstrebte und das in ihm Erreichbare sobald als möglich Klarheit verschaffen. Dazu ist notwendig, daß nach Anordnung der Verwaltung, sobald irgend angängig, die Rentabilitätsverhältnisse des zwangsverwalteten Besitzes geklärt werden. Der Richter muß hierüber von dem Zwangsverwalter beschleunigt einen gutachtlichen Bericht einholen. Dieser wird in der Regel zweckmäßig alsbald zum Gegenstande einer mündlichen Aussprache mit den beteiligten Gläubigern, dem Schuldner und dem Verwalter zu machen sein. Es sind dabei insbesondere die Möglichkeiten zu erörtern, in welcher Weise die Erträgnisse zu heben und die Lasten zu senken sind, und ob etwa durch eine Umstellung des Betriebes, Umbauten, Wohnungsteilungen u. ä. eine Besserung der Rentabilität erreicht werden kann. Weiter ist besonders zu erörtern, inwieweit durch zeitweiligen Zinsnachlaß, Aussetzung von Tilgungsraten oder sonstiges Entgegenkommen einzelner Gläubiger Aussicht besteht, dem notleidenden Grundbesitz über die Krisenzeit hinwegzuhelfen.

Der Richter muß sich dessen bewußt sein, daß sich die verschiedenen Gläubiger, der Schuldner und der Verwalter zumeist völlig fremd und nicht selten mißtrauisch gegenüberstehen und zu einer erfolgversprechenden Zusammenarbeit erst zusammengeführt werden müssen. Die Erfahrung hat gezeigt, daß z. B. Gläubiger sehr wohl zum Nachgeben bereit sind, wenn sie sehen, daß das, was sie tun, im Rahmen einer planvollen Zusammenarbeit mit den anderen Beteiligten unter der Obhut und sachkundigen Leitung des Richters geschieht. Gerade hier öffnet sich für den Vollstreckungsrichter ein Feld besonders nutzbringender Betätigung. Erforderlichenfalls sind derartige Aussprachen von Zeit zu Zeit zu wiederholen.

Ebenso werden die Entscheidungen über die Fortsetzung oder Einstellung der Zwangsversteigerungsverfahren nach §§ 5, 7 der ZwangsvollstreckungsVO. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) am zweckmäßigsten im Wege mündlicher Verhandlung unter Zuziehung sämtlicher beteiligter Gläubiger vorzubereiten sein. Läuft neben dem Zwangsversteigerungsverfahren eine Zwangsverwaltung, so werden die in diesem Verfahren angestellten Ermittlungen in aller Regel wertvolle Unterlagen für die dort zu treffenden Entschließungen der Beteiligten und die gerichtliche Entscheidung geben. Gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, daß Sanierungsmöglichkeiten nicht bestehen, so wird die Aussprache mit den Beteiligten zweckmäßig auch darauf zu erstrecken sein, welcher der dinglichen Gläubiger gegebenenfalls zur Übernahme des Grundstücks bereit ist und welche Möglichkeiten sich für ein Stehenlassen vorgehender Kapitalien, Nachlaß oder Festschreibung rückständiger Zinsen usw. ergeben. Auch hier hat die Erfahrung gezeigt, daß die offene Aussprache der beteiligten Gläubiger unter sachkundiger Leitung des Richters u. U. Möglichkeiten eröffnet, die ohne eine derartige Aussprache überhaupt nicht erwogen worden wären.

Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit der Vollstreckungsgerichte in dem dargelegten Sinne ist, daß bei der Geschäftsverteilung die Vollstreckungsabteilungen unter besonderer Berücksichtigung der vorerwähnten richterlichen Aufgaben besetzt werden. Die Präsidenten und Gerichtsvorstände wollen daher diesen Abteilungen ihre besondere Aufmerksamkeit zuwenden. Wesentlich ist vor allem, daß die Richter, um die wirtschaftlichen Verhältnisse des Immobiliarverkehrs in ihrem Bezirk sicher überblicken zu können, längere Zeit in den Vollstreckungsabteilungen verbleiben müssen. Referatswechsel sind daher möglichst zu vermeiden. Ferner wird es sachdienlich sein, wenn namentlich bei größeren AG. die Richter der Vollstreckungsabteilungen die zur Ausgestaltung der Immobiliarvollstreckung in dem dargelegten Sinne zweckmäßig einzuschlagenden Wege und die dabei gewonnenen Erfahrungen in regelmäßig wiederkehrenden gemeinsamen Aussprachen erörtern; die Zuziehung der Zwangsverwalter wird hierbei oft von Nutzen sein. Die Präsidenten und Gerichtsvorstände wollen wegen dieser Aussprachen das Erforderliche veranlassen. Vielfach wird es auch möglich sein, auf dem Gebiet des Grundstücksverkehrs besonders erfahrene Richter und Zwangsverwalter oder sonstige sachkundige Persönlichkeiten zu unterrichtenden Vorträgen zu gewinnen.

AV. des RuPrJM. v. 3. Jan. 1935 (IV b 6005/35) — DJ. 45.

Ergänzung der Richtlinien für die Behandlung erbschaftsteuerlicher und grunderwerbsteuerlicher Zweifelsfragen zur Reichserbhofgesetzgebung

(Vgl. RdErl. v. 22. Dez. 1934, S 4430 — 109 III/S 3804 A — 14 III.)

A. Zu Abschnitt I des Runderlasses vom 22. Dezember 1934 (Übergang eines bestehenden Erbhofs auf den Anerben)

Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß die Befreiung aus § 55 RErbhofG. nicht davon abhängig ist, daß der Erbhof auf Grund gesetzlicher Erbfolge übergeht, sondern auch dann gilt, wenn er auf Grund einer Verfügung von Todes wegen, einer Schenkung unter Lebenden oder eines Kaufvertrags übertragen wird, wenn nur der Erwerber Anerbe ist oder auf Grund der Vorschriften des Erbhofrechts zum Anerben bestimmt werden könnte. Ich habe dabei auf die Entscheidung des RFH. v. 29. Juni 1934, II A 215/34: JW. 1934, 3021[1] = RStBl. 1934, 947 aufmerksam gemacht, in der dieser Standpunkt ausdrücklich gebilligt ist. Trotzdem ist neuerdings mehrfach die Meinung vertreten worden, daß eine gemäß § 25 Abs. 5 RErbhofG. vom Erblasser zum Anerben bestimmte Person nicht Anerbe i. S. des § 55 RErbhofG. sei, weil sie nicht zu den Anerben im Sinne der gesetzlichen Anerbenordnung des § 20 RErbhofG. gehöre. Diese Auffassung ist irrig. Wenn keine bauernfähige Person der gesetzlichen Anerbenordnung vorhanden ist, kann der Bauer durch Testament oder Erbvertrag irgendeine bauernfähige Person zum Anerben bestimmen. Diese ist alsdann ohne Zweifel Anerbe im Sinne des Gesetzes und damit auch Anerbe i. S. des § 55 RErbhofG. Die Steuerbefreiungsvorschrift des § 55 RErbhofG. muß ebenso auch angewendet werden, wenn der Bauer mangels bauernfähiger Personen der gesetzlichen Anerbenordnung den Hof einer Person übergibt, die er gemäß § 25 Abs. 5 RErbhofG. von Todes wegen zum Anerben bestimmen könnte (vgl. § 37 Abs. 3 RErbhofG.). Auch darauf hatte ich in Abschnitt I des Runderlasses v. 22. Dez. 1934 schon hingewiesen.

B. Zu Abschnitt III des Runderlasses vom 22. Dezember 1934 (Übergang einer erbhoffähigen Besitzung auf eine bauernfähige Person, in deren Hand die Besitzung Erbhof wird)

1. In Abschnitt III habe ich mich damit einverstanden erklärt, daß die Erbschaftsteuer und die Grunderwerbsteuer auf Grund des § 13 RAbgO. erlassen wird, wenn eine bauernfähige Person eine Besitzung erwirbt, die deswegen nicht Erbhof ist, weil sie einem Nichtarier, einem Ausländer oder einer Person gehört, die entmündigt oder nicht ehrbar ist (§§ 12—15 RErbhofG.). Nach § 15 Abs. 1 RErbhofG. kann eine erbhoffähige Besitzung auch deshalb nicht Erbhof sein, weil sie einer Person gehört, die nicht fähig ist, den Hof ordnungsmäßig zu bewirtschaften. Ich habe keine Bedenken, daß der Erlaß auch dann gewährt wird, wenn die erbhoffähige Besitzung aus der Hand einer solchen Person in die Hand einer bauernfähigen Person übergeht und in ihrer Hand Erbhof wird.

2. Nach § 1 Abs. 2 RErbhofG. sind Höfe, die ständig durch Verpachtung genutzt werden, nicht Erbhöfe. Es entspricht dem Grundgedanken des Abschnitts III der Richtlinien, die Erbschaftsteuer und die Grunderwerbsteuer auf Grund des § 13 RAbgO. auch dann zu erlassen, wenn ein solcher Pachthof aus den Händen einer bauernfähigen Person oder einer nicht bauernfähigen Person (§§ 12—15 RErbhofG.) in die Hände einer bauernfähigen Person zur eigenen Bewirtschaftung übergeht und in ihrer Hand Erbhof wird.

C. Zu Abschnitt IV des Runderlasses vom 22. Dezember 1934 (Übergang einer Besitzung von mehr als 125 ha auf eine bauernfähige Person, in deren Hand die Besitzung Erbhof wird)

Vielfach werden nur Teile solcher Besitzungen zur Bildung von Erbhöfen abgegeben. Hier ist zu unterscheiden, ob sich die Besitzung

a) im Alleineigentum einer bauernfähigen Person oder

b) im Alleineigentum einer nicht bauernfähigen Person oder einer juristischen Person oder im

Eigentum mehrerer Personen (Miteigentümer nach Bruchteilen oder gemeinschaftliche Eigentümer)

befindet.

Im Falle zu a liegt die Veräußerung des Teils nur dann im Sinne des RErbhofG., wenn Erwerber ein bauernfähiger Anerbe des Veräußerers ist, in dessen Hand der erworbene Teil Erbhof wird.

In den Fällen zu b liegt die Veräußerung des Teils stets dann im Sinne des RErbhofG., wenn Erwerber eine bauernfähige Person ist, in deren Hand der erworbene Teil Erbhof wird.

Unter den genannten Voraussetzungen habe ich auch bei Teilveräußerungen keine Bedenken gegen Erlaß der Erbschaftsteuer und der Grunderwerbsteuer auf Grund des § 13 RAbgO.

D. Zu Abschnitt V des Runderlasses vom 22. Dezember 1934 (Sonstige Übergänge von Grundstücken)

In Abschnitt V habe ich mich damit einverstanden erklärt, daß die Erbschaftsteuer und die Grunderwerbsteuer erlassen wird bei dem Grundstückerwerb, durch den ein landwirtschaftlicher Kleinbetrieb die Größe einer Ackernahrung erhält und damit Erbhof wird. Ich habe keine Bedenken, daß diese Billigkeitsmaßnahme auch angewendet wird, wenn eine bauernfähige Person Landbesitz ohne Hofstelle hat und eine Hofstelle hinzuerwirbt, um hierdurch die Bildung eines Erbhofs zu ermöglichen.

(RdErl. des RMin. der Fin. v. 8. Nov. 1935, S 4430 — 139 III — S 3804 A — 29 III.)

Zum Deutsch-Schweizerischen Verrechnungsabkommen

Zulässigkeit der Verarrestierung von dem Verrechnungsabkommen unterstellten Forderungen deutscher Gläubiger?

Gemäß Schweiz. Schuldbetreibungs- und KonkursG. Art. 271 genügt der Wohnsitz des Schuldners im Ausland, um den Gläubiger zu ermächtigen, auf in der Schweiz liegende Aktiven Arrest zu legen und die Zwangsvollstreckung mit Bezug auf diese Aktiven in der Schweiz durchzuführen. Die Praxis hat entschieden, daß Forderungen des ausländischen Schuldners auf in der Schweiz wohnende Personen als in der Schweiz liegend zu betrachten sind und deshalb auch in der Schweiz verarrestiert werden können.

In der Tagespresse wurde nun mitgeteilt, daß schon mehrfach Arrest auf an die Schweiz. Verrechnungsstelle einbezahlte Beträge erwirkt worden sei. Es wird auch praktisch werden, daß Forderungen mit Arrest belegt werden, die nach dem Abkommen an die Verrechnungsstelle zu zahlen sind. Das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement hat nun der Verrechnungsstelle mitgeteilt, daß diese Arreste unzulässig seien, weil die sämtlichen clearingpflichtigen Forderungen öffentlich-rechtlich mit Beschlag belegt würden und durch privaten Eingriff nicht erreicht werden könne, daß diese Forderungen ihrem Zwecke entzogen würden, clearingberechtigte Ansprüche zu befriedigen. Der öffentlich-rechtliche Beschlag, begründet durch Staatsvertrag und zugehörige Ausführungsbestimmungen, gehe dem privater Sicherung dienenden betreibungsrechtlichen Arrest vor. Daraufhin hat die Verrechnungsstelle gegenüber dem Betreibungsamt Zürich (Vollzugsbehörde für Arreste) die Zulässigkeit von Arresten in Zweifel gestellt. Das Bundesgericht als Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter hat auf eine Anfrage erklärt, es könne nur auf einen konkreten Fall eintreten. Das Betreibungsamt hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Weisung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements die Wirkung eines richterlichen Arrestbefehls nicht beseitigen könne und vollzieht weiterhin Arrestbefehle auf an die Verrechnungsstelle einbezahlte Beträge zugunsten von Schweizer Gläubigern.

Diese Stellungnahme des Betreibungsamts ist durchaus richtig. Es kann nicht einmal Sache des Richters sein, der den Arrestbefehl erteilt, zu prüfen, ob die als Arrestobjekt beanspruchte Forderung dem Clearing-Verkehr unterstehe oder ob die Verarrestierung nach Einzahlung in die Verrechnungsstelle unzulässig sei. Es liegt ein Fall vor, in dem ein Dritter, hier der Staat, an der verarrestierten Forderung ein besonderes Recht beansprucht. Das Bundesgericht hat in Bd. 48 III S. 221 entschieden, daß entgegen dem Wortlaut des SchKG. Art. 106, wonach die Frage des Eigentums oder Pfandrechts an mit Arrest belegten Sachen im gerichtlichen Widerspruchsverfahren abzuklären sind, dies auch für alle sonstigen privaten und öffentlichen Rechte am Arrestobjekt zu gelten hat. Der Staat hat also dem Betreibungsamt sein behauptetes und offenbar auch zustehendes Vorzugsrecht anzumelden und der Richter wird darüber zu entscheiden haben. Da es dem Schuldner laut Verrechnungsabkommen bei schwerer Strafe verboten ist, nicht an die Verrechnungsstelle zu bezahlen, so wird er bei Verarrestierung vor der Einzahlung diesen Anspruch des Staates ebenso anmelden müssen, wie z. B. ein Eigentums- oder Pfandrecht einer Drittperson. Eine Beschwerde gegen den Arrestvollzug kann nicht in Frage kommen, weil das Betreibungsamt den richterlichen Befehl zu befolgen hat und noch keine gesetzliche Bestimmung besteht, daß dem Clearingverkehr unterstellte Forderungen nicht verarrestiert werden dürfen.

RA. Dr. Meyer-Wild, Zürich.

Schulungsblatt für Rechtsanwalts- und Notarangestellte

Die Deutsche Arbeitsfront, Reichsbetriebsgemeinschaft 13 „Freie Berufe", gibt an Stelle der bisherigen Fachzeitschrift „Der Renoangestellte" wieder ein Schulungsblatt für Rechtsanwalts- und Notarangestellte heraus. Die erste Nummer wird im Januar 1936 erscheinen. Dieses Schulungsblatt Nr. 82 der Zeitschriften der DAF. erscheint monatlich. Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront erhalten das Schulungsblatt kostenlos. Der Bezug ist umgehend beim zuständigen Bestellpostamt anzumelden. Die zu entrichtende Bestellgebühr von 30 Pfg. kann unter Vorlage der Postquittung vom nächsten Arbeitsfrontbeitrag abgezogen werden.

Alle Rechtsanwälte werden gebeten, ihre Gefolgschaften zur Bestellung dieses für die berufliche Fortbildung der Gefolgschaftsmitglieder wichtigen Blattes anzuhalten.

(Reichsrechtsanwaltskammer, Umdruck Nr. 79/35 v. 2. Dez. 1935.)

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Unterbringung der Angestellten bisheriger jüdischer Notare

Der BNSDJ., die Reichsnotarkammer und die Reichsrechtsanwaltskammer haben sich mit der Reichsfachschaft der Rechtsanwalts- und Notarangestellten der DAF. zu gemeinsamen Bemühungen zusammengeschlossen zwecks Unterbringung derjenigen Angestellten, die durch die Amtsentlassung jüdischer Notare brotlos werden. In einem Rundschreiben des Stellvertreters des Reichsjuristenführers vom 3. Dez. wird auf die Notwendigkeit geeigneter Maßnahmen hingewiesen und nähere Anweisung über deren Durchführung gegeben.

(Aus dem der Zeitschrift „Deutsches Recht" beigefügten Mitteilungsblatt des BNSDJ. und des Reichsrechtsamtes der NSDAP., Ausgabe Dezember 1935.)

Patentkongreß

In einem Rundschreiben vom 4. Dez., das in dem der Zeitschrift „Deutsches Recht", Ausgabe Dezember 1935, beigefügten Mitteilungsblatt des BNSDJ. und des Reichsrechtsamtes der NSDAP. veröffentlicht ist, wird bekanntgegeben, daß im Mai 1936 in Berlin der internationale Patentkongreß unter dem Protektorat des Reichsjuristenführers, RMin. Dr. Frank, stattfindet. Die Vorbereitung und Durchführung des Kongresses ist dem Leiter der Arbeitsgemeinschaft Rechtspflege in der Reichsführung des BNSDJ., RA. Dr. Waldmann, übertragen worden.

Wegen der Namhaftmachung geeigneter Sachbearbeiter und deren Tätigkeitsgebiet wird auf die Bekanntmachung im Mitteilungsblatt verwiesen.

Reichsschatzmeister der NSDAP., Pg. Franz Xaver Schwarz, München, Ehrenmitglied des BNSDJ.

Der Reichsjuristenführer hat unter dem 27. Nov. 1935 dem

Reichsschatzmeister der NSDAP.,
Pg. Franz Xaver Schwarz, München,

als Zeichen des Dankes für die in schweren Zeiten des Kampfes stets gewährte kameradschaftliche Unterstützung, wie in Anerkennung der großen Verdienste um den wegweisenden Aufbau einer nationalsozialistischen Verwaltung und eines Verwaltungsrechts die Ehrenmitgliedschaft des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V. verliehen.

(Aus dem der Zeitschrift „Deutsches Recht" beigefügten Mitteilungsblatt des BNSDJ. und des Reichs-Rechtsamtes der NSDAP., Ausgabe Dezember 1935.)

Schrifttum

Dr. F. W. Reichert: Die Kartellgesetze der Welt. Eine deutschsprachige Wiedergabe aller Kartellgesetze und Verordnungen nebst einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. 197 S. Preis brosch. 9 *RM*, geb. 10 *RM*.

Das Buch enthält eine ausgezeichnete Zusammenstellung aller maßgebenden Kartellgesetze und VO., die in den verschiedenen Staaten sowohl vor dem Krieg wie im Laufe der letzten Jahre ergangen sind.

Die Zusammenstellung ist auch für denjenigen Rechtswahrer, der sich nicht immer praktisch mit den hier in Frage stehenden Rechtsfragen beschäftigt, deshalb besonders interessant, weil sich in den Gesetzen der verschiedenen Länder der grundsätzliche Wandel vom liberalistischen laisser faire zum Marktordnungsgedanken zeigt, der nicht nur in Deutschland, sondern — oft nach deutschem Muster — in einer ganzen Reihe von Staaten stattgefunden hat. Dieser Wandel mußte naturnotwendig gerade bei der Einstellung zum Kartellproblem zum Ausdruck kommen. Der Liberalismus, der vom Gedanken eines ungehemmten freien Wettbewerbes ausgeht, muß jede Marktordnung, mag sie selbstverwaltender oder staatlicher Art sein, ablehnen. Typisch hierfür die abgedruckten Vorkriegsgesetze der außereuropäischen Staaten, vor allen Dingen die amerikanische Antitrustgesetzgebung, die allerdings gleichzeitig auch andere Zwecke — Verhinderung von Großbetrieben — hatte, ohne sie erreichen zu können. Typisch dafür aber auch etwa die Gesetzgebung Australiens, Neuseelands und Argentiniens, die zunächst lediglich die negative Seite des Problems, die Verhinderung marktregelnder Verbände, zum Ziel haben und den positiven Gedanken einer Marktordnung nicht kennen.

In den im folgenden abgedruckten Nachkriegsgesetzen der europäischen Staaten finden wir keine solche ausschließlich negative Grundhaltung. Lediglich das jugoslawische Gesetz verbietet grundsätzlich Kartelle ohne Genehmigung. In Wirklichkeit setzt aber das jugoslawische Gesetz dadurch, daß es die Genehmigung vorsieht, die Kartelle für den Gedanken der Marktordnung ein und unterscheidet sich im wesentlichen von der Regelung der übrigen positiv eingestellten Staaten nur insofern, daß alle Kartelle genehmigt werden müssen.

Gegenüber den schlechthin kartellfeindlichen Vorkriegsgesetzen zeigt sich also im Laufe der Nachkriegszeit eine zunehmende positive Einstellung. Die ersten europäischen Kartellgesetze, das deutsche und das norwegische, lassen noch eine im wesentlichen negative Stellungnahme erkennen, die freilich andererseits eine gesetzliche Anerkennung der Kartelle enthält. Die seit 1930 ergriffenen gesetzlichen Maßnahmen der europäischen Länder ebenso wie die amerikanische „Nira"gesetzgebung gehen dagegen vom Gedanken der geordneten Wirtschaft aus.

Das älteste typische Beispiel hierfür ist die gleichfalls abgedruckte spanische Verordnung „über die Einsetzung des Ausschusses zur Regelung der nationalen Produktion", ein Gesetz, das im Hinblick auf die deutschen Maßnahmen zum planvollen Einsatz aller Wirtschaftskräfte für die Erhaltung und Sicherung des Volksganzen besonders interessant ist. Ferner gehören in diese Gruppe die Kartellgesetze der Süd-Ost-Staaten — Ungarn, Tschechoslowakei, Bulgarien — die sich in vielem an die deutsche marktordnende Gesetzgebung anlehnen. Schließlich fällt auch die Gesetzgebung Italiens, Belgiens und Hollands hierunter, in welcher der Gedanke des Zwangskartells als Marktordnungsinstrument stärker betont ist. Besonders wichtig ist hier das belgische Gesetz.

Kennzeichnend für die Entwicklung von laisser faire zur Marktordnung, damit also für die Anerkennung nationalsozialistischer Wirtschaftsgrundsätze, ist auch das gleichfalls abgedruckte englische Kohlengesetz. England, das typische Land der klassischen Nationalökonomie und der liberalistischen Wirtschaft, hat sich hier gezwungen gesehen, ein marktordnendes Gesetz nach deutschem Muster zu erlassen; und nach einem gleichfalls erwähnten im Oberhaus Ende 1934 eingebrachten Gesetzvorschlage Lord Melchetts sollen derartige Eingriffsmöglichkeiten im Sinne einer Zwangskartellierung auch auf andere Industrie- und Gewerbezweige ausgedehnt werden. Zu begrüßen ist auch der Abdruck des französischen Entwurfs, der seit 1934 der Regierung vorliegt und um den noch immer stark gekämpft wird. Das Zustandekommen dieses Entwurfs würde die endgültige Anerkennung des Grundsatzes der geordneten Wirtschaft in Frankreich bedeuten. Seine Kenntnis ist zudem für das französische Rechts- und Wirtschaftsdenken äußerst aufschlußreich.

Schließlich sei noch auf die ebenfalls zum Abdruck gelangten japanischen Gesetze hingewiesen.

Diese Gesetze sind aus folgendem Grunde besonders interessant:

Während sich auch die übrigen Kartellgesetze im wesentlichen mit dem Verbandswesen des Binnenmarktes befassen, handelt es sich bei den japanischen Gesetzen um einen bewußten Aufbau eines Kartellwesens zum Zwecke des geschlossenen Einsatzes der japanischen nationalen Wirtschaftskräfte auf dem Weltmarkt; und es ist kein Zufall, daß vom Zeitpunkte dieser japanischen Kartell- und Gildengesetzgebung an der ungeheure Aufschwung des japanischen Außenhandels eingesetzt hat. Gerade diese japanischen Gesetze sind deutliches Beispiel für den Sinn des Marktordnungsgedankens und der Gemeinschaftsarbeit im Außenhandel. Ihre Kenntnis ist deshalb auch für die Frage der zukünftigen weiteren Neugestaltung des deutschen Außenhandels unbedingt erforderlich.

Schließlich sei auch darauf hingewiesen, daß das Buch die „Nira"gesetzgebung des Präsidenten Roosevelt enthält, die eine scheinbar endgültige Abkehr Amerikas vom Prinzip der liberalistischen Wirtschaft zugunsten einer besonders weitgehenden Marktordnung bedeutete. Bekanntlich hat dann ein Spruch des obersten Bundesgerichts die „Nira"gesetzgebung für unzulässig erklärt und Präsident Roosevelt mußte, worauf der Verf. im Vorwort hinweist, erklären, daß dieser Spruch der Regierung und dem Parlament das Recht abspräche, die nationale Wirtschaft zu regeln.

Alles in allem enthält also das Buch nicht nur eine wichtige und in dieser Art wohl einzigartige Zusammenstellung der Kartellgesetze, sondern darüber hinaus einen Spiegel, in dem die Wandlungen der Wirtschaftspolitik innerhalb der wichtigsten Staaten hier ersichtlich werden.

RA. Dr. Danielcik, Berlin.

Dr. jur. habil., Dr. phil. Erich Becker: Diktatur und Führung. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Heft 116.) Tübingen 1935. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 48 S. Preis brosch. 1,50 *RM* und Partiepreise.

Wie der Verf. — auf S. 42 (Anm. 1) — selbst bemerkt, gilt das Ziel der vorl. Untersuchung „hauptsächlich dem Versuch, den Begriff der Führung zu klären". Daraus ergibt sich von selbst, daß der Verf. dem Wesen und dem Begriff der Diktatur nur zu dem Zweck seine Aufmerksamkeit widmet, um das Wesen der Führung im kontrastierenden Vergleich mit der Diktatur schärfer abzuzeichnen. Dieses Ziel nimmt der Verf. in Angriff, indem er sich zunächst dem Begriff und Wesen der Diktatur zuwendet. Er beginnt seine Betrachtung mit einem kurzen Überblick über die Geschichte, in der er die verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Diktatur aufzeigt. Dann wendet er sich den ausländischen Diktaturen der neueren Zeit zu und verweilt schließlich mit längeren Ausführungen bei der Diktatur des RPräs. nach Art. 48 der Weimarer Verfassung. Diese Erörterungen brauchen hier nicht im einzelnen nachgezeichnet zu werden, da in erster Linie das Ergebnis interessiert, zu dem der Verf. bei seiner vergleichenden Betrachtung der verschiedenen Diktatursysteme in Geschichte und Gegenwart gelangt. Dieses Ergebnis faßt er im III. Abschnitt seiner Untersuchung „Die Diktatur als Rechtsbegriff" zusammen. Hier bezeichnet er die Diktatur als „eine Herrschaftsform, die eine gemeinschaftsgelöste, gegen einen inneren Feind gerichtete Zwangsherrschaft darstellt, wobei noch hervorzuheben ist, daß diese Durchbrechung oder Aufhebung der Rechtsordnung zu einem bestimmten Zweck geschieht und als Übergangserscheinung gedacht ist" (S. 22). Die Diktatur ist also eine „gemeinschaftsgelöste, gegen einen inneren Feind gerichtete Zwangsherrschaft als Übergangserscheinung" (S. 17).

Im Gegensatz hierzu erblickt der Verf. in der Führung einen „Gestaltungsgrundsatz der völkischen Gemeinschaft" (S. 24). Im

Gegensatz zur Diktatur, die als eine heteronome Macht auf dem Volke lastet und begrifflich keinerlei Gemeinschaftsbindung des Diktators voraussetzt, wächst die Führung aus der Gemeinschaft, „ohne die echte Führung undenkbar ist" (S. 25). Echte Führung „muß volksgetragen und volksverbunden sein" (S. 26). Die Begriffe der Führung und der Gefolgschaft sind einander untrennbar zugeordnet; Führung und Gefolgschaft „stellen die innere Ordnung der Gemeinschaft dar" (S. 33). Sie bilden das „Ordnungsgefüge der Gemeinschaft" (S. 34) und zeigen gerade in ihrer begriffsnotwendigen Wechselbezüglichkeit, daß echte Führung gemeinschaftsgebunden ist. „Sie kann daher nicht mit der gemeinschaftsgelösten Diktatur verwechselt werden" (S. 35). Mit Recht erinnert der Verf. in diesem Zusammenhange, in dem er sich weitgehend die vielfältigen Vorarbeiten Reinhard Höhns dienstbar macht, an das Wort des Führers aus der Proklamation zum Nürnberger Parteitag 1933, daß wahre Führung „nicht im Volk ein Objekt der Betätigung erblickt, sondern im Volke lebt, mit dem Volk fühlt und für das Volk kämpft." Da eine so verstandene Führung eine Grundform und ein Gestaltungsgrundsatz der Gemeinschaft ist, ist sie „ebensowenig wie die Gemeinschaft eine Übergangserscheinung, sondern auf die Dauer gerichtet" (S. 36). Mit Recht weist der Verf. auch darauf hin, daß die Persönlichkeitsvorstellung, die sich an die Person eines Diktators und an die Person eines wahren Führers anknüpfe, völlig verschiedenen Welten angehöre: „Diktatur geht von der auf sich ruhenden Einzelpersönlichkeit aus, Führung von der in der Gemeinschaft ruhenden und mit ihr verwurzelten Führerpersönlichkeit." Diese Einbeziehung des Führers in die Gemeinschaft darf nicht nur als ein bloßes Bild, als eine zu nichts verpflichtende Ideologie bewertet werden. Sie stellt sich vielmehr als eine Fundierung des Führers wie der Gefolgschaft auf dem gleichen Pflichtgrunde der Gemeinschaft, des artgleichen Volkstums, dar. Alle Autorität des Führers und alle Legitimität seiner Macht beruht auf seiner inneren sittlichen und rechtlichen Bindung an die überzeitlichen Werte des Volkstums. Ihnen sind Führer und Gefolgschaft gleicherweise unterworfen, so daß sie wirklich auf dem gleichen Pflichtgrunde stehen. Der Führer hat sich jedoch im Dienste dieser ewigen Werte des Volkstums am stärksten bewährt und sie am sichersten verwirklicht, so daß er auch fernerhin der berufene Interpret der Lebensgesetze unseres Volkes ist. Aber gerade diese „Pflichten des dem Volkstum verantwortlichen Führers" (so Alfred Rosenberg auf dem Gautag in Münster: Völk. Beob., Berliner Ausgabe/Ausgabe A v. 7. Juli 1935, 2) geben dem Führertum das innere Ethos, das freie Männer ohne Abbruch an ihrer Würde zur Gefolgschaft zwingt. Gerade dies wäre zum Unterschied gegenüber der Diktatur klarer herauszustellen gewesen.

RA. Reuß, Berlin.

Dr. **Kurt Emig**, RegR.: **Deutsche Justiz und Verwaltung.** (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Heft 117.) Tübingen 1935. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 45 S. Preis brosch. 1,50 *RM* und Partiepreise.

Die Schrift stellt den Abdruck eines Vortrags dar, den der Verf. Anfang 1935 vor der Ortsgruppe Erlangen des BNSDJ. gehalten hat.

Der Verf. beginnt seine Ausführungen mit der Feststellung, daß die Verwaltung heute „das Kernstück staatlicher Wirksamkeit" sei (S. 3). Diese Feststellung gibt ihm Anlaß, in einer knappen, aber aufschlußreichen geschichtlichen Betrachtung die innere Struktur des Staates der Vergangenheit darzulegen. Hierbei knüpft er an ein Wort Hans Fehrs (Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1925) an, daß alle einfachen Staaten auf zwei gewaltige Einrichtungen aufgebaut sind: auf Heer und Gericht. Die Justiz gehört also zum Urtatbestand des geschichtlichen Staates. Eine eigentliche Verwaltungsorganisation entsteht erst in verhältnismäßig späterer Zeit. Dieser Sachverhalt erklärt sich daraus, daß sich die öffentliche Gewalt ursprünglich damit begnügte, „für Frieden nach außen und für Ruhe im Innern zu sorgen" (S. 5). „Doch im 16. und 17. Jahrhundert wandelten sich die Anschauungen grundlegend; neben den Rechts- und den Machtzweck trat jetzt noch der Wohlfahrtszweck. Die Landesherren begannen sich des allgemeinen Wohles ihrer Untertanen anzunehmen — sehr oft gründlicher, als es jenen lieb war. Man hat dann auch Verwaltungsbehörden eingerichtet, deren Aufgabe es war, für die ‚gute Ordnung' zu sorgen, ‚die von der weltlichen Obrigkeit zu handhaben ist'; mit anderen Worten: ihr Aufgabenkreis war die ‚Polizey', die bekanntlich nach und nach das gesamte Gebiet unserer heutigen inneren Verwaltung umfaßte" (a. a. O.). Die Entstehung eines ausgebauten behördlichen Verwaltungsapparates fällt somit in jene Zeit, die „vom Standpunkt der Regierungsform aus gesehen, die des Absolutismus, vom Standpunkt der Verwaltung aus betrachtet, die des Polizeistaats war" (S. 6). Erst seit dieser Zeit kann es deshalb ein Problem des wechselseitigen Verhältnisses zwischen Justizbehörden und Verwaltungsbehörden geben. Über dieses Verhältnis ergeht sich dann der Verf., wie er sich selbst bescheiden ausdrückt (S. 22), in einer „nur skizzenhaften Darlegung". So eng aber auch der Raum ist, mit dem sich der Verf. in der vorl. Schrift begnügt, so eindringlich und anschaulich erörtert er doch fast den ganzen Umkreis der Probleme, die sich aus diesem Verhältnis ergeben. Selbstverständlich liegt es nicht in der Absicht des Verf., aus dem eingangs erwähnten Anlaß, dem die Schrift ihre Entstehung verdankt, sich in tiefschürfenden theoretischen Erörterungen zu ergehen; es kommt ihm vielmehr nur darauf an, das Verhältnis von Justiz und Verwaltung in Vergangenheit und Gegenwart aufzuzeigen und gewisse Entwicklungslinien der Zukunft anzudeuten. Dieser Aufgabe ist der Verf. in hervorragender Weise gerecht geworden. Dies mag folgende stichwortartige Angabe des weiteren Inhalts der vorl. Schrift beweisen: Neben anderem äußert sich der Verf. zur Lehre von der Gewaltentrennung in Geschichte (S. 7 ff.) und Gegenwart (S. 32 bis 33), zur Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft (S. 8, 13 ff., 27 und 40), zum Problem des Rechtsstaats (S. 8, 30, 32, 36 und 39), zur Frage der richterlichen Unabhängigkeit (S. 6, 11, 12/13, 25, 32 und 36), zur Frage der Bindung der Gerichte an Akte der Verwaltungsbehörden und der Bindung der Verwaltungsbehörden an Entscheidungen der Gerichte (S. 19 ff.), zum richterlichen Prüfungsrecht (S. 25, 37) usw.

Schon diese knappe Übersicht über den Inhalt der Schrift zeigt, daß sie trotz der Enge des Raumes stoffreich, anregend und lesenswert ist.

RA. Reuß, Berlin.

OLGR. im RJM. Dr. **Karl Schäfer: Strafgesetzbuch** mit Nebengesetzen nach dem Stande vom 1. September 1935. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. 274 S. Preis 2,80 *RM*.

Das vorliegende Bändchen bringt für „Die deutsche Reichsgesetzgebung" (Sammlung von Textausgaben mit Einleitung, Paragraphenüberschriften und Sachregister) die Ausgabe des Strafgesetzbuches mit Nebengesetzen nach dem Stande vom 1. September 1935.

Daß der in der Strafgesetzgebungsabteilung des RJM. tätige Verf. eine sorgfältig zusammengestellte, zuverlässige Textausgabe bietet, bedarf nicht erst der Hervorhebung. Wohl aber muß auf die Einleitung hingewiesen werden, die dem Gesetzestext vorausgeschickt ist. Schon der Umstand, daß sie mit nahezu 70 Seiten etwa 1/5 des Gesamtumfangs einnimmt, zeigt, daß es sich um mehr als einige kurze Vorbemerkungen handelt.

Der Verf. schildert in ihr zunächst „Die allgemeine Entwicklung des Strafrechts und der strafrechtlichen Grundanschauungen seit 1871", berichtet dann über den „Stand der Strafrechtserneuerung" und schließt mit einem „Überblick über den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs" ab.

Jeder der drei Abschnitte macht den Leser mit den einschlägigen Grundfragen bekannt: Der Umbruch des Strafrechtsdenkens wird klar herausgestellt, das wechselvolle Schicksal der Strafrechtsreform, der erst mit dem Sieg des Nationalsozialismus der Weg frei gemacht worden ist, erfährt eine charakteristische Beleuchtung. Im dritten Abschnitt der Einleitung gibt der Verf. eine Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, die in ihrer Kürze vorbildlich erscheinen kann. Die wichtigsten Grundsätze und Begriffe des geltenden Rechts werden mit wenigen Strichen treffend umrissen, durch Verweisung auf die einschlägige oberstrichterliche Rechtsprechung, die nach Möglichkeit durch Entscheidungen aus der neuesten Zeit belegt ist, sinnvoll ergänzt und — ein besonderer Vorzug! — jeweils den Ergebnissen der jüngsten Reformarbeiten gegenübergestellt.

So ist selbst der begrenzte Rahmen einer handlichen Textausgabe bestens ausgenützt. Das Gesetz soll ja keine starre, tote Vorschriftensammlung, sondern die Grundlage zu lebensnaher Rechtsgestaltung sein. Dann muß es aber auch in Beziehung gesetzt werden zu den Grundanschauungen, die der Rechtsauffassung und dem Rechtsleben des Volkes ihr Gepräge geben.

Eine Einführung, die dies versucht, ist wichtiger als eine Kommentierung, die über Technik und Auslegungskünsten die großen Linien der Rechtsentwicklung und tiefgreifenden Wandlungen der Rechtsauffassung übersieht.

Die vorliegende Textausgabe des Strafgesetzbuchs, der übrigens ein sehr ausführliches Sachregister beigegeben ist, kann allen Rechtswahrern, insbes. auch den Rechtsstudierenden zur Anschaffung bestens empfohlen werden.

AGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Martin Rittau, Oberkriegsgerichtsrat: Militärstrafgesetzbuch. 2. Aufl. (Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 196.) Berlin und Leipzig 1935. Verlag Walter de Gruyter & Co. 215 S. Preis 4,80 *RM.*

Die bekannte erläuterte Textausgabe des MilStGB. erscheint zur rechten Zeit in zweiter Auflage. Das Fehlen eines neueren Textes des MilStGB. in handlicher Form hat sich seit längeren Jahren störend bemerkbar gemacht. Dem ständig zunehmenden Interesse der Juristen für das Wehrwesen, das auch dem Militärstrafrecht zugute kommen wird, kommt nun die Neuauflage, welche die ab 1. Aug. 1935 geltende Fassung bringt, in glücklicher Weise entgegen. Der Verf., der als Mitglied des Ausschusses für Wehrrecht der Akademie für Deutsches Recht an der Erneuerung des Militärstrafrechts in maßgebender Stellung beteiligt ist, stellt allerdings schon im Vorwort dem jetzigen MilStGB. nur noch eine kurze Lebensdauer in Aussicht. Der Umgestaltung des allgemeinen Strafrechts soll ein neues Strafrecht der Wehrmacht auf dem Fuße folgen. Mit Rücksicht auf diesen Übergangscharakter des Gesetzes glaubte der Verf., seine Anmerkungen erheblich verkürzen zu sollen. Das ist an sich bedauerlich. Denn die Praxis wird noch eine Reihe von Jahren mit dem heutigen Recht arbeiten müssen. Es wäre darum wesentlich, gerade in den anerkannten Erläuterungswerken eine „immanente Rechtsreform" durchzuführen und so die Praxis geistig auf das neue Recht vorzubereiten.

Aber auch in dem verkürzten Umfange ist das Erläuterungswerk ein guter Führer durch das Militärstrafrecht. Hier können aus der Reihe der Erläuterungen, die vor allem wertvolle Hinweise auf die Rechtsprechung enthalten, nur wenige Proben herausgegriffen werden.

Rittau entnimmt der Entsch. des RG. v. 9. Juli 1935 (4 D 618/35, abgedr. JW. 1935, 2735 ff. mit Anm. von mir) die von ihm gebilligte Ansicht, daß auch im Militärstrafrecht Notwehrüberschreitung i. S. von § 53 Abs. 3 RStGB. straffrei sei, wenn der Täter die Grenzen der Notwehr aus Bestürzung oder Schrecken überschritten habe und diese Gemütserregung nicht auf Furcht vor persönlicher Gefahr beruhe. Aus der Entscheidung des RG. geht m. W. diese Stellungnahme nicht hervor. Ich möchte sie auch nicht teilen. Denn wenn auch in § 49 MilStGB. den Soldaten nur verboten ist, sich zu ihrer Entschuldigung auf eigene Feigheit zu berufen, so ist doch nach § 2 MilStGB. das RStGB. nur sinngemäß auf militärische Verbrechen und Vergehen anzuwenden. Dem soldatischen Wesen ist es aber zuwider, daß ein Soldat sich auf Bestürzung oder Schrecken beruft. Die militärische Disziplin verlangt von ihm Charakter- und Willensstärke. Der unserer heutigen Zeit in seinem Wesen widersprechende und darum auch von der amtlichen Strafrechtskommission (vgl. Gürtner, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 90) wesentlich geänderte § 53 Abs. 3 RStGB. ist auf das Militärstrafrecht erst recht nicht übertragbar.

Aus dem Besonderen Teile sei folgender Punkt herausgegriffen. „Erheblicher Nachteil" als Voraussetzung einer Bestrafung wegen militärischen Ungehorsams nach § 92 MilStGB. ist nach Rittau (§ 92 Anm. 5) jede erhebliche Beeinträchtigung irgendeines Rechtsgutes. Das RG. hat kürzlich (Entsch. des 4. StrSen. v. 20. Sept. 1935, 4 D 819/35) mit Recht einen erheblichen Nachteil in einem Falle angenommen, wo Zivilisten Ohrenzeugen eines militärischen Ungehorsams waren und an dem disziplinwidrigen Verhalten des ungehorsamen Soldaten Anstoß nahmen. Es wird, worauf in Ergänzung zu Rittaus Bemerkungen hinzuweisen ist, bei den Begriffen des Militärstrafrechts künftig mehr als bisher an die Gemeinschaftswerte und besonders auch an den ideellen Nachteil für das Gemeinschaftsbewußtsein zu denken sein, wie er in dem vom RG. behandelten Falle zutage tritt. Das Militärstrafrecht ist seiner ganzen Natur nach dem individualistischen Rechtsdenken feindlich. Eine Aufgabe der künftigen Rechtswissenschaft ist es, die zahlreichen im Militärstrafrecht bereits entwickelten Gemeinschaftswerte für das allgemeine Strafrecht nutzbar zu machen.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

Dr. jur. **Werner Peterßen**, Fakultätsassistent: **Die Reform des Leichenschau- und Sektionsrechts.** Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Bonn a. Rh. 1935. Verlag Ludwig Röhrscheid. 99 S. Preis 3,90 *RM.*

Das vorliegende Schriftchen ist das Heft Nr. 2 der rechtsvergleichenden Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. Erich Schwinge, ordentl. Prof. der Rechte an der Universität Halle. Die Abhandlung verdankt ihre Entstehung einer gemeinsamen Anregung des Strafrechtslehrers und des gerichtlichen Mediziners, dessen Gedankengänge man vielfach im Buch in sehr wohltuender Weise bemerkt; es behandelt ein Grenzgebiet zwischen Medizin und Recht, das jetzt um so größere Bedeutung besitzt, als dessen Regelung für den Neuentwurf des Strafrechts wie der Strafprozeßordnung von Wichtigkeit ist. 194 Quellen, teils wissenschaftliche Abhandlungen von Juristen und Medizinern, teils Gesetze und Verordnungen Deutschlands und außerdeutscher Länder hat der Verf. bei seiner Abhandlung zu Rate gezogen und kritisch berücksichtigt.

Die Leichenschau ist für einen Kulturstaat äußerst wichtig und bedeutungsvoll, sowohl für die statistische Erfassung der Todesursachen (Volksgesundheitspflege und Hygiene), wie auch für die Durchführung der Rechtspflege. Peterßen geht von der allgemein anerkannten Feststellung aus, daß der geltende Rechtszustand des Leichenschau- und des Sektionsrechtes im deutschen Reich eben wegen seiner Uneinheitlichkeit heute dringend einer Neuregelung und Angleichung bedürfe, und behandelt daher zunächst die Leichenschau. Auf Grund einer vergleichenden Betrachtung des gegenwärtigen Rechtszustandes im Leichenschauwesen einerseits in Deutschland und andererseits in den ausländischen Staaten folgert er, daß nur eine reichsgesetzlich geregelte Leichenschau auch dem Richter in allen Streitfällen eine Unterlage für seine eventuellen Ermittlungen geben könne. Daher ist eine allgemeine einheitlich geregelte Zwangsleichenschau für das Deutsche Reich notwendig, und zwar müßte dieselbe durch ärztliche — außerdem noch mit den besonderen Erfordernissen der Leichenschau vertraute und behördlich verpflichtete Leichenschauer geschehen (Verf. meint dies wohl, wenn er von „amtsärztlichen Leichenschauern" (S. 96) spricht; denn es ist ja selbstverständlich undurchführbar, daß etwa nur Amtsärzte, d. h. Kreisärzte oder Gerichtsärzte oder Bezirksärzte usw., die Leichenschauen ausführen). Im Bayern hatten wir schon längst die obligatorische Leichenschau einer jeden Leiche durch solche amtlich verpflichtete Leichenschauer, die allerdings bisher entweder Ärzte oder Laien sein konnten. Freilich muß auch zugegeben werden, daß die Durchführung der ärztlichen amtlichen Leichenschau in dünnbevölkerten und daher auch mit Ärzten schlecht versorgten Bezirken (besonders Nordostdeutschland) nicht unerhebliche Schwierigkeiten haben dürfte. In der Ergänzung zum StGB. findet sich im § 213 auch die wissentlich falsche Totenscheinausstellung als Vergehen mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bedroht, was sehr begrüßenswert ist; denn früher bezog sich ja § 278 nur auf Zeugnisse über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch für Behörden, Versicherungsgesellschaften usw. und konnten Ärzte, die solche falsche Gefälligkeitsbescheinigungen ausstellten, nur nach der ärztlichen Standesordnung ehrengerichtlich (und in Bayern durch die vorgesetzte Behörde disziplinär) bestraft werden. — Unter Hinweis auf die Unzulänglichkeit, die aber selbst der obligatorischen ärztlichen Leichenschau anhaftet, kommt dann Verf. in einem weiteren Teil auf die Leichenöffnungen zu sprechen, die allein in der Mehrzahl der unklaren und zweifelhaften Todesfälle zur richtigen Diagnose der Todesursache führen können, und bespricht die gegenwärtige rechtliche Regelung des Sektionswesens in Deutschland und in den anderen Ländern. Wir haben bekanntlich in Deutschland vier Arten von Sektionen: 1. gerichtliche Leichenöffnungen (zur Klärung und Aufdeckung von Vergehen und Verbrechen gegen Leben und Gesundheit), 2. polizeiliche Leichenöffnungen (zur Feststellung von Seuchenverdacht und ansteckenden Krankheiten). 3. Die Leichenöffnung im Rahmen des RFeuerbestattG. — dann nämlich, wenn die reichsgesetzlich angeordnete amtsärztliche Leichenschau (in Bayern war sie fast durchweg und richtigerweise dem Landgerichtsarzt übertragen gewesen!), keine einwandfreie Todesursache feststellen, also einen gewaltsamen Tod nicht ausschließen konnte. — Endlich 4. die pathologisch-anatomische Leichensektion (vorgenommen aus wissenschaftlichen und therapeutischen Gründen). Es wird dann weiter auch das ausländische Sektionsrecht behandelt, wobei besonders auf die Regelung in Ungarn (S. 42), die ähnlich ist wie bei uns, hingewiesen sei und auf die Regelung des Sektionsrechtes in Österreich, die dem Verf. der Schrift als besonders nachahmenswert vorschwebt. Während der Verf. auf die Leichensektionen, welche die Versicherungsbehörden, Berufsgenossenschaften, Versorgungsgerichte usw. vornehmen lassen können (bei Einwilligung der Hinterbliebenen!), die bekanntlich doch staatswirtschaftlich von großer Wichtigkeit sind, nicht eingeht, werden nun hauptsächlich die in Deutschland üblichen gerichtlichen Sektionen einer eingehenden Besprechung unterzogen. Was Verf. an der Durchführung der gerichtlichen Sektionen in Deutschland bemängelt, möchte ich allerdings nicht nach allen Richtungen hin unterschreiben. Jedenfalls sind bei uns in Bayern anerkanntermaßen die Verhältnisse schon immer anders und bedeutend bessere als in anderen Ländern des Reiches. Da in Bayern vollbesoldete Gerichtsärzte (Landgerichtsärzte) zur Verfügung stehen, welche die Sektionen, wie auch alle anderen Untersuchungen und Begutachtungen im Strafverfahren bisher als nicht-gebührenpflichtige Dienstesaufgabe durchzuführen haben, so sind die Kosten für die gerichtlichen Sektionen in Bayern wesentlich niedriger und werden solche auch infolgedessen viel häufiger angeordnet und durchgeführt als außerhalb Bayerns, wo die beiden sezierenden Ärzte ihre zum Teil recht erheb-

lichen Gebühren neben dem Hilfspersonal (das oft noch besser bezahlt wird als die Ärzte!) ausgezahlt bekommen. Auch werden die Sektionen unter ausgiebiger Benützung des Fernsprechverkehrs in Bayern viel rascher durchgeführt und sind daher in ihrem Endergebnis — weil noch keine Leichenfäulnis eingetreten ist — bedeutend brauchbarer als die in anderen Ländern des Reichs! Der Verf. will nun nicht etwa eine Vermehrung der gerichtlichen Sektionen, sondern strebt an die sogenannten polizeilichen Sektionen durchzuführen, die unter Vermeidung der großen Kosten von den Amtsärzten als sogenannte polizeiliche Sektionen oder sogenannte Verwaltungssektionen auf Anordnung der Ortspolizeibehörden (kostenlos?) durchzuführen wären. Daß dabei die Leichenöffnung auch möglichst bald nach dem Tod vorzunehmen ist, daß sie nach gerichtsmedizinischen Grundsätzen durchgeführt und — was ich ganz besonders hervorhebe — auch von einem gerichtlich-medizinisch durchgebildeten, im Sektionsdienst erfahrenen Arzt ausgeführt werden muß, sei betont. Diese Einführung der Verwaltungssektionen, die heutzutage auf dem Weg des Gesetzes ohne jede Schwierigkeit angeordnet werden könnte, wird also vom Verf. warm befürwortet, und er schließt sich damit einem Wunsche weitester ärztlicher Kreise an, die sich dadurch eine Verbesserung der Medizinalstatistik, eine indirekt damit verbundene Hebung der Volksgesundheit versprechen und auch darauf hinweisen, daß vom sozialen Gesichtspunkt aus betrachtet eine ganz andere Unterlage für alle diejenigen Sterbefälle gegeben sein wird, die durch Unfall, Kriegsverletzungen usw. entstanden sind. Trotz alledem scheint es mir aber notwendig darauf hinzuweisen, daß auch dann, wenn eine Verwaltungssektion von einem dazu bestellten entsprechend geschulten Arzt nach obrigkeitlicher Anordnung durchgeführt wird, die Bestimmungen zu gelten haben, wie wir sie z. B. im Art. 43 Abs. 2 BayPolStGB. v. 26. Dez. 1871 finden, d. h. sobald bei der Verwaltungssektion die Spuren eines Verbrechens gefunden werden (z. B. Vergiftung, Abtreibung usw.), die Verwaltungssektion sofort abgebrochen und als gerichtliche Sektion nach Anzeige bei der Staatsanwaltschaft weitergeführt werden müßte. Mit viel Verständnis führt der Verf. die verschiedenen Vorteile aus, welche eine Durchführung der Verwaltungssektionen mit sich bringen würde. Seiner Meinung nach ist diese zu fordern, 1. in allen Fällen eines plötzlichen (natürlichen Todes), 2. dann, wenn der die Totenschau abhaltende Arzt nicht in der Lage ist, eine eindeutige Diagnose der Todesursache zu geben, weil eben der Betreffende weder bei der Krankheit noch beim Ableben ärztlich beobachtet worden ist. Ferner werden solche Verwaltungssektionen bei Verdacht ärztlicher oder kurpfuscherischer Kunstfehler auszuführen sein (ob hier nicht eine gerichtliche Sektion richtiger wäre?). Auch die Sektionen Neugeborener und unehelicher Zieh- und Pflegekinder würde eventuell in den Bereich der Verwaltungssektionen einzubeziehen sein. Ich selbst möchte nur davor warnen, durch einen zu großen Aufgabenbereich die gerichtlichen Sektionen, die doch einmal nach unserer deutschen StPO. vorgeschrieben sind, allzusehr zu beeinträchtigen; denn es ist und bleibt doch richtig, daß zwei sezierende Ärzte mehr sehen als ein einziger. Außerdem ist ja auch noch der Zweck der gerichtlichen Sektion der, daß sofort die für die Strafverfolgung ungemein wichtige kriminalistische Würdigung des Sektionsbefundes durch die gerichtlich-medizinisch geschulten und erfahrenen Ärzte erfolgt. Im allgemeinen wird man ja den Vorschlägen des Verf. über die Organisation und die Durchführung der Verwaltungssektionen unbedenklich zustimmen können. Daß es selbstverständlich bei der Feststellung der Todesursache, an der der Staat das allergrößte Interesse hat, keine Berufsverschwiegenheit (§ 300 RStGB.) gibt, bedarf keiner Begründung. Auch hier muß der Arzt stets die rechtliche Todesursache angeben; auf diesen Standpunkt stellt sich auch der Autor.

Zum Schluß wird noch einmal die Notwendigkeit hervorgehoben, daß Leichenschau und Sektionsrecht, die gegenwärtig schlecht bestellt sind, gesetzlich neu geregelt werden müssen, und zwar in grundlegender Form zu gleicher Zeit. Der nationalsozialistische Staat, dem viel größere Machtmittel zur Verfügung stehen, wird im Interesse der Erhaltung und Beförderung der Volksgesundheit den vom Verf. gegebenen Anregungen sicher Gehör schenken.

Prof. Dr. Merkel, München.

Dr. jur. **Kurt Bley: Über die Grundlagen des Rundfunkrechts.** (Sonderheft des Amtsblattes „Archiv für Funkrecht". Neue Folge. Nr. 1.) Berlin 1935. Industrieverlag Spaeth & Linde. 56 S. Preis 0,50 *RM*.

Der Verf. vertritt im Anschluß an die Lehre von List und Hoffmann die Auffassung, die heute Gemeingut Aller ist, daß der Rundfunk seinem Wesen nach keine species des genus des Fernmeldewesens sei, sondern einen Kulturfaktor darstelle, daß demgemäß die Unterstellung des Rundfunks unter das FernmAnlG. mit dem Schlagwort „Rundfunkrecht ist Fernmelderecht" abzulehnen ist.

Demgemäß wird de lege ferenda gefordert, daß dem Rundfunk als dem „Gestalter und Vermittler von deutschem Kulturgut" ein eigenes Recht neu gegeben werde, und es wird in einer knappen Darlegung (S. 36 ff.) versucht, den Begriff des Rundfunkrechts neu zu umreißen. Darüber hinaus ist der Verf. nicht gelangt (und es war dies wohl auch nicht seine Absicht). Es bleibt also die Aufgabe der berufenen Wahrer des Rechts des deutschen Rundfunks zu bestimmen, welche Rechtstatsachen im neuen Rundfunkrecht zu normieren sind, und auf Grund der vom Verf. geförderten Erkenntnis des Wesens des Rundfunks das Gesetz zu schaffen, das der deutsche Rundfunk dringend benötigt.

RA. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

Deutscher Gesetzesanzeiger. Sammlung von Fundstellen des geltenden Reichsrechts in systematischer und alphabetischer Ordnung mit Schlagwortregister. Herausgegeben von Dr. **Georg Volkhardt**, Rechtsanwalt in München. Stuttgart 1935. Boorberg-Verlag. 520 S. Preis 7,80 *RM*. (Das Werk kann nach Wahl gebunden oder als Loseblattbuch bezogen werden.)

Der Deutsche Gesetzesanzeiger hat sich nach seinem Vorwort die Aufgabe gestellt, jedem Volksgenossen die Auffindung der geltenden Rechtsvorschriften in rascher und zuverlässiger Weise zu ermöglichen. Um diesen Zweck zu erreichen, wird das gesamte Recht in 15 Sachgebiete aufgelöst, die durch bestimmte Zahlengruppen gekennzeichnet werden. In den einzelnen Sachgebieten ist dann eine alphabetische Untergliederung vorgenommen worden. Um den Zusammenhang mit Nachträgen herzustellen, das Werk ist auch im Loseblattsystem erschienen, ist jede Fundstelle am Rande außerdem mit einer Ziffer bezeichnet. Diese Ziffer ermöglicht gleichzeitig die Auffindung einer Vorschrift auf Grund eines dem Werk beigegebenen Schlagwörterverzeichnisses.

Das Werk ist mit viel Fleiß und großer Sorgfalt zusammengestellt worden. Wenn ihm trotzdem nicht restlose Anerkennung gezollt werden kann, so liegt dies daran, daß das den Ausgangspunkt bildende System der Kennzeichnung der Fundstellen durch Zahlen und Zahlengruppen schon an sich recht wenig übersichtlich ist. So finden sich z. B. über Handelsbeschränkungen folgende Vermerke:

1961 Handelsbeschränkungen. V. v. 13. 7. 23, 706 i. d. F. d. V. v. 6. 2. 24, 44.
Änd.: V. v. 26. 6. 24, 661 — G. v. 19. 7. 26, 413 — G. v. 5. 7. 27, 134 — G. v. 23. 3. 34, 213 § 11 Ziff. 3.
Noch i. Geltung sind: §§ 2 Abs. 2, 20, 25 Abs. 2, 25 Abs. 4, 26, 28 Abs. 1, 29, 30 Abs. 1, 33 Satz 1, 35, 36, 63.

61 a Einf. d. V. i. Saarland, V. v. 22. 5. 35, 689.

In dieser Art der Fundstellenangabe erinnert das Werk an das früher häufig benutzte von Ebner, Wegweiser durch die Deutsche Reichsgesetzgebung, Verlag Sack, Berlin. Diesem gegenüber ist neu die Aufteilung in 15 Sachgebiete. Ob dies aber in jeder Beziehung ein Vorteil ist, ist nicht ohne weiteres zu entscheiden. Jeder Aufteilung haftet etwas Subjektives an. Häufig wird der Nachschlagende zunächst in einer anderen Gruppe suchen, als dies der Herausgeber angenommen hat. Lediglich die vorherige Benutzung des Schlagwörterverzeichnisses vermag dies auszuschließen. Wie verschieden die Auffassung über eine sachliche Gliederung des gesamten Rechtsstoffes sein kann, zeigt ein Vergleich dieses Werkes mit der Aufteilung, wie sie bei Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, oder bei Freisler-Grauert, Das neue Recht in Preußen, vorgenommen worden ist. Ein weiterer Vergleich mit diesen Werken als der der Aufteilung in Sachgebiete ist nicht angebracht; deren Aufgabenstellung ist eine völlig andere. Wohl aber ist ein Vergleich möglich mit dem im Verlag Vahlen 1935 in der 10. Auflage erschienenen Werk von Schlegelberger-Hoche, Das Recht der Neuzeit. Die diesem zugrunde liegende rein alphabetische Gliederung ohne sachliche Unterteilung ist übersichtlicher. Die den Fundstellen bei Schlegelberger-Hoche beigefügte kurze Inhaltsangabe der angeführten Gesetze und VO. erlaubt auch einen schnelleren und klareren Überblick als dies bei Volkhardt möglich ist. Daß der Schlegelberger-Hoche in fester Buchform erschienen ist, bedeutet im Hinblick auf den verhältnismäßig geringen Preis der neuen Auflage gegenüber dem Loseblattsystem keinen ausschlaggebenden Nachteil. Berücksichtigt man weiter die bessere Handlichkeit des Hocheschen Werkes, so ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzesanzeiger Volkhardts es aus der Gunst insbes. der Anwälte, denen besonders an einem handlichen und schnell Aufschluß gebenden Werk gelegen ist, verdrängen wird.

Richter Dr. Vogel, Hamburg.

Rechtsprechung

Nachdruck ohne vorherige Genehmigung der Schriftleitung nicht gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. §§ 138, 823, 826 BGB.; GmbHG. Die für die sog. Scheingesellschaft bestehende Möglichkeit des Vorliegens eines Verstoßes gegen Gesellschafter- oder Geschäftsführerpflichten oder unerlaubter Handlungen zum Nachteil der GmbH. ergibt auch ohne weiteres die Möglichkeit, daß Verträge, die auf Verletzung der Geschäftsführerpflichten oder einer unerlaubten Handlung beruhen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind.

Das BG. führt aus: Würde jemand, der als Angestellter eines Geschäftsinhabers oder als Geschäftsführer einer Gesellschaft einen den Vertretenen verpflichtenden Vertrag abschließt, zur Eingehung der Vereinbarung von dem anderen Vertragsteil durch Zuwendungen bestimmt, die ihm persönlich zufallen, so könne diese Gewährung besonderer Vorteile für die Rechtsbeständigkeit des für den Vertretenen abgeschlossenen Vertrages nur Bedeutung haben, wenn der Vertretene durch den Vertrag benachteiligt würde. Diese Voraussetzung sei nicht gegeben, wenn die GmbH. von der als Geschäftsführer auftretenden Person allein verkörpert werde, denn in diesem Falle fehlt es an einer Person, deren Vertrauen mißbraucht und getäuscht sein könne. Die Beweisaufnahme habe nun ergeben, daß Hermann G. und Richard K., die am 8. April 1926 mit Frau B. zusammen die GmbH. gegründet und am 24. März 1927, dem Tage des Abschlusses des Kaufvertrages, deren Gesellschafter waren, nichts an die Gesellschaft gezahlt, nichts von der Gesellschaft bezogen und sich um die Geschäfte der Gesellschaft nicht gekümmert haben. Hieraus folgert der Senat, daß die Gesellschaft nur zum Schein gegründet worden sei, und daß sich hinter dieser nur Eduard B. verborgen habe. Eduard B. allein sei Inhaber des Unternehmens gewesen, das unter der Firma „B. & Co. GmbH." geführt wurde. Weshalb er in so auffallender Weise vorgegangen sei, daß er als Geschäftsführer der GmbH. bei Abschluß des Kaufvertrages mit den Bekl. über das Grundstück zunächst die GmbH. zur Zahlung eines Kaufpreises von 72000 *RM* verpflichtete und sich dann persönlich die Auszahlung von 20000 *RM* versprechen ließ, könne dahingestellt bleiben; keinesfalls könne sein Vorgehen darauf berechnet gewesen sein, die Gesellschafter der GmbH. zu täuschen, denn dieser sei es gleichgültig gewesen, was aus dem Vermögen der GmbH. wurde. Die Kl. (die GmbH.) könne sich daher nunmehr nicht darauf berufen, bei dem dem Eduard B. zugesagten Betrage handle es sich um Schmiergeld,. durch das B. in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Kl. von den Bekl. bestochen worden sei. Der auf diesen Sachverhalt gestützte Schadensersatzanspruch sei unbegründet. Möglich sei, daß Eduard B. mit Rücksicht darauf so merkwürdig gehandelt habe, daß der Kaufmann Wilhelm K., der am 28. März 1927 der GmbH. beigetreten ist, bereits zur Zeit des Kaufes vorhatte, sich an der Gesellschaft zu beteiligen, daß er also den Wilhelm K. getäuscht habe. Eine solche Täuschung wäre dem K. gegenüber erst bei oder nach dem Abschluß des Vertrages, durch den K. der GmbH. beigetreten ist, wirksam geworden und könne nur den K. berechtigen, seine Beitrittserklärung anzufechten oder die Kl. oder Eduard B. für den ihm aus dem Beitritt erwachsenen Schaden haftbar zu machen. Die Kl. könne aber daraus Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit des Kaufvertrages v. 24. März 1927 nicht herleiten. Hieraus ergebe sich, daß die Kl. ihre Ansprüche nicht auf die Tatsache stützen könne, daß Eduard B. sich von den Verkäufern des Grundstücks eine Provision von 20000 *RM* habe versprechen lassen.

Diese Erwägungen des BG. sind nicht frei von Rechtsirrtum. Vor allem ist es nicht entscheidend, daß die Gründer der GmbH. in Wirklichkeit eine Gesellschaft nicht gründen wollten, daß die Gründung nur zum Schein erfolgt ist. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist die Ver. auf Willensmängel bei Abschluß des Gründungsvertrages, also auch auf die Behauptung, die Gründung sei nur zum Schein erfolgt, unzulässig, nachdem die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen worden und damit in den Rechtsverkehr getreten ist. Die Notwendigkeit der Erhaltung der Kapitalgrundlage der ins Leben getretenen Gesellschaft im Interesse der mit ihr in Verkehr getretenen Dritten erfordert, daß die Gesellschaft trotz eines derartigen Mangels als bestehend behandelt wird. Daraus ergibt sich, daß auch ihr Vermögen getrennt von demjenigen der als ihre Gesellschafter auftretenden Personen gehalten werden muß, und daß diese Personen die sich aus der Gesellschafterstellung ergebenden Pflichten, insbes. zur Leistung der Stammeinlage haben und daß die sich hierauf beziehenden Vorschriften des GmbHG. (§§ 19, 30, 73 ff.) eingehalten werden müssen (vgl. RGZ. 123, 102 = JW. 1929, 643; RGZ. 124, 279 = JW. 1929, 2134[8]; RGZ. 127, 286 = JW. 1930, 3220; RGZ. 142, 98 = JW. 1934, 224). Der Umstand, daß die als Gesellschafter auftretenden Personen sich nicht um die Gesellschaft bekümmert und die tatsächliche Verfügung in den Angelegenheiten der Gesellschaft einem Dritten überlassen haben, mag wohl schuldrechtliche Folgen zwischen den Gesellschaftern und dem Dritten haben. Er befreit aber die Gesellschafter nicht von ihren Pflichten. Aus dem Verhalten der Gesellschafter kann also nicht der Schluß gezogen werden, daß Eduard B. der Inhaber des Unternehmens sei. Auch eine Ermächtigung, das Stimmrecht für die Gesellschafter auszuüben, kann aus ihrer Untätigkeit noch nicht entnommen werden. Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß die Gesellschafter mit einer solchen Ausübung des Stimmrechts einverstanden waren, wenn sie damit rechneten, daß B. davon zu eigenem Vorteil Gebrauch mache, sie aber noch zur Leistung der nicht bezahlten Stammeinlage herangezogen werden könnten, um die von B. bewirkten Vermögensverschiebungen zwecks Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger auszugleichen. Es ist somit nicht entscheidend, ob Eduard B. wirtschaftlich, im schuldrechtlichen Verhältnis zu den Gesellschaftern der allein Berechtigte war. Daher ist im Verhältnis zur GmbH. sein Vermögen von dem der GmbH. getrennt zu behandeln. Als Geschäftsführer konnte er am 24. März 1927, an welchem Tage er noch nicht Gesellschafter war, seine Pflichten gegenüber der GmbH. verletzen. Er konnte auch der GmbH. gegenüber eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823, 826 BGB. begehen und sich dadurch der GmbH. schadensersatzpflichtig machen. Auch Dritte konnten an einer solchen unerlaubten Handlung teilnehmen und dadurch schadensersatzpflichtig werden. Da zweifellos eine Einmanngesellschaft im Rechtssinne nicht bestand, kann es unerörtert bleiben, ob bei der Einmanngesellschaft ein Handeln des Einmanngesellschafters zum Nachteil der Gesellschaft rechtlich denkbar und geeignet ist, einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Einmanngesellschafter und mit ihm zusammenwirkende Dritte zu begründen (vgl. RGSt. 42, 283, wo die Möglichkeit einer Untreue zum Nachteil einer Gesellschaft, begangen durch den Alleingeschäftsführer und gleichzeitigen Einmanngesellschafter, anerkannt wird, andererseits die teilweise ablehnende Meinung des Schrifttums, so z. B. Brodmann, A 8a zu § 2 GmbHG.; anscheinend RGSt. 42, 283, zustimmend Scholz, GmbHG. S. 777/78). Die

für die sog. Scheingesellschaft bestehende Möglichkeit des Vorliegens eines Verstoßes gegen Gesellschafter- oder Geschäftsführerpflichten oder unerlaubter Handlungen zum Nachteil der GmbH. ergibt auch ohne weiteres die Möglichkeit, daß Verträge, die auf Verletzung der Geschäftsführerpflichten oder einer unerlaubten Handlung beruhen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind (§ 138 BGB.). Aus diesem Grunde war eine Prüfung der Vorgänge, die zu den beiden Verträgen v. 24. März 1927 führten, geboten. Jedenfalls auf seiten des Eduard B. lag die Möglichkeit nicht fern, daß sein Verhalten seine Pflichten als Geschäftsführer verletzte und eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung darstellt. Für die Haftung der Bekl. aus § 826 BGB. mußte freilich noch das Vorhandensein der subjektiven Voraussetzungen dieser Bestimmungen eingehend geprüft werden.

Der Sachverhalt legte ferner die Prüfung nahe, ob nicht der wahre Wille der Vertragschließenden v. 24. März 1927 dahin ging, daß der Kaufpreis des Grundstücks nur 52000 *RM* betragen solle, und daß durch die Fassung des Kaufvertrages nur die dem Eduard B. auf Kosten der GmbH. zugedachte Zuwendung verschleiert werden sollte. Zwar könnte nicht aus diesem Grunde wegen unrichtiger Beurkundung des Grundstückskaufvertrages aus § 313 BGB. die Unwirksamkeit des Kaufvertrages hergeleitet werden. Denn eine insofern bestehende Nichtigkeit wäre durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch geheilt. Aber die Bekl. könnten doch nur den wirklich vereinbarten Kaufpreis verlangen.

(U. v. 27. Aug. 1935; II 387/34. — Berlin.) [v. B.]

*

2. *§ 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. ist nicht nur dem Schutz der AktG., sondern auch vor allem der Aktionäre zu dienen bestimmt und daher Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 HGB.†)*

Nach § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. werden Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates einer AktG. bestraft, wenn sie wissentlich in ihren Darlegungen, ihren Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der GenVers. gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern. Es ist in der Rspr. sowohl der Zivilsenate als auch der Strafsenate des RG. anerkannt, daß diese Vorschrift dem Schutze nicht nur der AktG., sondern vor allem auch der Aktionäre zu dienen bestimmt ist, die als solche oder sonstwie zu der Gesellschaft in eine rechtliche Beziehung getreten sind oder in eine solche rechtliche Beziehung treten wollen, und daß demgemäß die Vorschrift als ein „den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen ist (vgl. die Entsch. der ZivSen. des RG.: SeuffBl. 73, 965; RGZ. 81, 269, 271 = JW. 1913, 443; Urt. v. 24. Jan. 1933, III 31/32, und v. 5. Juni 1935: JW. 1935, 3301[9]; die Entsch. der StrSen.: RGSt. 41, 293, 298; 43, 407, 415; 64, 422, 424). Das BG. nimmt daher ohne Rechtsirrtum an, daß die Klage auf § 314 HGB. i. Verb. m. § 823 Abs. 2 BGB. und daneben auf § 826 BGB. gestützt ist.

Das BG. nimmt aber zu der Frage, ob die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der bezeichneten Vorschriften auf seiten der Bekl. erfüllt sind, nicht abschließend Stellung. Es ist der Ansicht, daß es einer solchen abschließenden Stellungnahme nicht bedürfe, weil es an dem Nachweise eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem den Bekl. zur Last gelegten Verhalten und dem eingetretenen Schaden fehle.

Gewiß gehört nun die Frage des Kausalzusammenhanges zu den Fragen, über die das Gericht gem. § 287 ZPO. unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden hat. Die Entsch. muß aber erkennen lassen, daß tatsächlich alle dem verhandelten Sachverhalt angehörenden Umstände berücksichtigt sind. Im vorl. Falle scheint diese gesetzliche Voraussetzung um so weniger erfüllt zu sein, als die Frage des Kausalzusammenhanges ganz ohne Rücksicht auf die Tatsache geprüft ist, daß die Bekl. bei der Vorlage der falschen Bilanz in Täuschungsabsicht gehandelt haben. Wenn dieser Vorwurf die Bekl. mit Recht trifft, dann sind fraglos die stärksten Zweifel nach der Richtung hin begründet, ob der Kl. die Zuzahlung der 9000 *RM* auf seine Aktien auch dann geleistet haben würde, wenn er erkannt haben würde, daß er durch die Vorlage der Bilanz, in der die Forderung des Hauptgläubigers nicht enthalten war, von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft in sittenwidriger Weise vorsätzlich getäuscht werden sollte. *Das Gesellschaftsrecht ist in besonderem Maße von den für das ganze Rechtsleben geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht.* Die Unterordnung der persönlichen Interessen des Gesellschafters unter die allgemeineren Interessen der Gesellschaft insbes. hat das volle Vertrauen des einzelnen Gesellschaftsmitgliedes in die Sauberkeit und sittliche Untadeligkeit der Geschäftsführung zur selbstverständlichen Voraussetzung. Daher ist die Gefolgschaft des Gesellschafters gegenüber der Geschäftsführung in aller Regel auf dieses Vertrauen gegründet. Es spricht infolgedessen eine starke Vermutung dagegen, daß der Kl. den Vorschlägen der Leitung der AktG. gefolgt wäre und die Zuzahlung auf seine Aktien auch dann geleistet haben würde, wenn er erkannt hätte oder er damit hätte rechnen müssen, daß seine Zustimmung zu der Sanierungsmaßnahme durch Täuschung über die wahre Lage des Gesellschaftsunternehmens herbeigeführt werden sollte. Das hat der Vorderrichter übersehen.

(U. v. 20. Aug. 1935; II 30/35. — Berlin.) [v. B.]

Anmerkung: 1. Die Entsch. bedarf keiner Kommentierung, insofern sie den mehrfach vom RG. ausgesprochenen Grundsatz wiederholt, daß § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. ein *Schutzgesetz* nicht nur zugunsten der AktG., sondern auch der *Aktionäre* ist. In JW. 1931, 204 wird vom RG. sogar darüber hinaus noch betont, „daß § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. dem Schutz nicht nur der Aktionäre, sondern *aller Personen* zu dienen hat, die zu der Gesellschaft in einer *rechtlichen Beziehung* stehen oder in eine solche Beziehung *treten wollen*".

2. Bedeutsam an der Entsch. ist, daß bei Prüfung der *Kausalität* der unrichtigen Darstellung auch der *Täuschungsvorsatz* des Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds mit zu berücksichtigen ist. Das Vorhandensein eines solchen Täuschungsvorsatzes ist in der Tat als *starkes Indiz* für die Ursächlichkeit der Täuschung zu werten; denn es zeigt, daß der Täuschende selbst an die Kausalität seiner Angaben geglaubt hat.

3. In der Entsch. liegt aber noch mehr. Das RG. will die Kausalität nicht bloß dann bejaht wissen, wenn bei Unterbleiben der unrichtigen Mitteilung die schädigende Handlung des Getäuschten unterblieben wäre, sondern auch dann, wenn zwar die Erkenntnis der Unrichtigkeit der Mitteilung an sich den Getäuschten nicht schlechthin von der schädigenden Handlung abgehalten haben würde, wohl aber die Erkenntnis des *Täuschungsvorsatzes* das getan hätte. Dieser Scheidung liegt die richtige Erfahrung zugrunde, daß die Erkenntnis eines solchen Täuschungsvorsatzes regelmäßig den Getäuschten mit Argwohn erfüllen muß und im konkreten Falle dazu führen kann, von der angesonnenen Erklärung überhaupt Abstand zu nehmen. Mit dieser Möglichkeit hätte nach Auffassung des RG. in unserem Falle das BG. rechnen müssen.

Als allgemeine Folgerung daraus ergibt sich, daß der Richter bei arglistiger Täuschung nicht bloß die Kausalität der vorgetäuschten Tatsache prüfen muß, sondern auch noch die Unterfrage aufwerfen muß, ob die Erkenntnis des Täuschungsvorsatzes für sich allein schon — ganz abgesehen von der Erheblichkeit der Tatsache — den Getäuschten von der schädigenden Erklärung abgehalten hätte.

Prof. Dr. *Heinrich Lehmann*, Köln.

*

****3.** *Ansprüche eines Kommunalverbandes aus einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen.*

1. *Solche Ansprüche sind nicht öffentlicher Natur, der Rechtsweg ist zulässig.*

2. *§ 17 KO. Die normalen Wasserzuleitungsverträge sind regelmäßig keine Sukzessivlieferungsverträge, sondern Wiederkehrschuldverhältnisse, weil die dauernde wechselseitige Bindung fehlt.†)*

Die Gemeinschuldnerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in M. Auf dem Grundstücke betrieb sie durch eine ihrer Tochtergesellschaften, die Kammgarnspinnerei M., deren Ge-

schäftsanteile sich sämtlich in ihrer Hand befanden, eine Fabrik. Das Grundstück war unter den Bedingungen der „Ortssatzung über Abgabe und Entnahme von Wasser aus dem städtischen Wasserwerk zu M." v. 25. März 1927 mit Nachträgen aus den Jahren 1928 bis 1930, die am 1. Okt. 1932 durch neue „Wasserlieferungsbedingungen" ersetzt wurden, an das Wasserversorgungsnetz der Kl. angeschlossen. Als die Gemeinschuldnerin am 21. Juli 1931 in Konkurs geriet, wurde die laufende Wasserentnahme nicht unterbrochen.

Mit Schreiben v. 11. Aug. 1931 forderte die Kl. vom Konkursverwalter die Zahlung der vom 1. Jan. bis 21. Juli 1931 auf 14612,60 *RM* aufgelaufenen rückständigen Wassergeldschuld der Gemeinschuldnerin als Masseschuld. Der bekl. Konkursverwalter erwiderte unter dem 14. Aug., es liege kein laufender Lieferungsvertrag vor, zu dem er sich gem. § 17 KO. zu äußern habe; die Forderung der Kl. für die bis zum Tage der Konkurseröffnung gelieferten Wassermengen sei eine reine Konkursforderung, deren Anmeldung im Konkursverfahren erbeten werde. Mit Schreiben v. 17. Aug. entgegnete die Kl., ihre Wasserlieferungen seien aus einem dauernden Lieferungsvertrage erfolgt, dessen Erfüllung zur Masse der Bekl. durch Fortbezug des Wassers nach der Konkurseröffnung stillschweigend verlangt habe. Hierauf antwortete der Bekl. unter dem 27. Aug. 1931, ein Wiederkehrschuldverhältnis liege vor; bei diesem werde durch die jeweilige Entnahme von Wasser ein neuer Vertrag geschlossen; eine Erklärung des Konkursverwalters nach § 17 KO. sei überhaupt nicht erforderlich.

Die Klage vertritt den Standpunkt, ihre Forderung sei privatrechtlicher Natur, es liege ein mit der Gemeinschuldnerin geschlossener Dauerlieferungsvertrag vor, dessen Erfüllung zur Masse von dem bekl. Konkursverwalter verlangt worden sei. Die Wassergeldforderung sei daher als Masseschuld voll zu begleichen.

Der Bekl. hält die Klageforderung ihres nach seiner Meinung öffentlich-rechtlichen Charakters wegen für eine Gebührenforderung, für die der Rechtsweg unzulässig sei. Im übrigen liege ein Wiederkehrschuldverhältnis vor, in das ein Eintritt seinerseits nach § 17 KO. nicht möglich sei. Davon abgesehen, habe er auch die Erfüllung nicht verlangt, da er in den ersten Wochen nach der Eröffnung des umfangreichen Konkurses andere Sorgen gehabt habe, als daß er sich um die einzelnen Wasserlieferungsverträge der Werke der Gemeinschuldnerin hätte bekümmern können. Seine Schreiben vom 14. und 27. Aug. enthielten sogar eine Ablehnung der Erfüllung, da in ihnen eine Anfechtungserklärung eines etwa doch gestellten Erfüllungsverlangens zum Ausdruck komme.

Das RG. hat das die Klage abweisende Urt. des LG. wiederhergestellt.

1. Vorweg ist von Amts wegen die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges für den erhobenen Anspruch zu prüfen (RGZ. 146, 245 = JW. 1935, 1489[7]; RGZ. 147, 283 = JW. 1935, 2277[12]). Die Zulässigkeit ist zu bejahen.

Den Gegenstand der Klage bildet die Forderung eines Kommunalverbandes, die aus der Benutzung einer im öffentlichen Interesse errichteten und unterhaltenen Anstalt entstanden ist und das Entgelt für eine Leistung dieser Anstalt darstellt. Bei dem bezeichneten Entgelt handelt es sich nicht um eine öffentliche Abgabe, d. i. um eine Gebühr, die nach § 14 PrKommAbgG. von Gemeinden für die Benutzung der von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen erhoben werden kann. Gemeindeveranstaltungen im Sinne der genannten Vorschrift sind solche, die nicht bloß im öffentlichen Interesse unterhalten werden, sondern darüber hinaus kraft öffentlichen Rechts der Benutzung freigegeben sind; für die Benutzung kraft dieses Rechts werden öffentlich-rechtliche Gebühren erhoben. Davon zu unterscheiden sind die gewerblichen Unternehmen einer Gemeinde i. S. des § 3 PrKommAbgG., die nicht oder nicht in erster Linie dem öffentlichen Interesse dienen und die gleich einer von einem Privatmanne geleiteten Unternehmung mit dem Publikum in vertraglichen Verkehr treten; die für die Inanspruchnahme solcher Unternehmungen zu entrichtenden Vergütungen sind Gegenleistungen, die ihren Rechtsgrund in dem mit der Gemeinde geschlossenen privatrechtlichen Vertrage haben (vgl. Nöll-Freund-Surén, KommAbgG., 9. Aufl., § 4 Anm. 5, § 3 Anm. 5, 6). Ein von einer Gemeinde errichtetes Wasserwerk kann als ein gewerbliches Unternehmen oder als eine öffentliche Anstalt betrieben werden. Was im einzelnen Falle die Gemeinde bei der Errichtung eines solchen Werkes beabsichtigt hat, ist Tatfrage (PrOVG. 52, 30). In der Regel geben darüber die von der Gemeinde für die Benutzung des Werks erlassenen Best. Aufschluß. So auch im vorl. Falle. Die hier in Betracht kommenden, später wiederholt abgeänderten und schließlich durch die Wasserlieferungsbedingungen vom 1. Okt. 1932 ersetzten Best. des Ortsstatuts v. 25. März 1927 lassen erkennen, daß die Benutzung des Wasserwerks der Kl. in das freie Belieben eines jeden Einwohners gestellt ist. Zwischen dem einzelnen Wasserabnehmer und der Stadtgemeinde wird ein Vertrag geschlossen, der mangels einer Bestimmung über seine Beendigung jederzeit fristlos gekündigt werden konnte und seit Erlaß der neuen Wasserlieferungsbedingungen mit 14tägiger Frist aufkündbar ist. Für das entnommene Wasser ist nach einem besonderen Gebührentarif ein bestimmtes Entgelt zu zahlen, das in bestimmten Zeitabschnitten erhoben wird. Weiterhin sind die beiderseitigen Rechte und Pflichten in Ansehung der Anlage und der Unterhaltung des Anschlusses und des Fortbestandes der Liefer- und Empfangsbereitschaft geregelt. Ein Zwang zur Wasserabnahme besteht nicht. Hiernach betreibt die Kl. ihr Wasserwerk als eine gewerbliche Unternehmung; ihre Verträge über die Benutzung des Werkes, namentlich über die Entnahme von Wasser aus ihm, sind privatrechtlicher Natur. Daran ändert es nichts, daß die Benutzung des Wasserwerks ursprünglich durch Ortsstatut geregelt war und daß im Eingange wie auch im Text dieses Statuts Best. des PrKommAbgG. angezogen waren, die von der Erhebung von Gebühren für die Benutzung der von Gemeinden im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen handeln und die Beitreibung des nicht rechtzeitig gezahlten Wassergeldes im Verwaltungszwangsverfahren vorsehen. Soweit die Verweisungen nicht auf einem Irrtume beruhen und daher völlig bedeutungslos sind (PrOVG. 52, 30), tritt der etwa beabsichtigt gewesene öffentlich-rechtliche Charakter der Bezugsbestimmungen jedenfalls weit hinter dem rein privatrechtlichen Erklärungsinhalt des Vertrages im übrigen zurück. Der vorl. Rechtsstreit ist daher eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG., dem ordentlichen Rechtswege also nicht entzogen (RG. v. 21. Sept. 1923, VII 891/22: LZ. 1923, 651 Nr. 11; Jäger: LZ. 1912, 297; Reitberger: BayZ. 1934, 133 ff., 153/54).

2. In der Sache selbst hängt die Entsch. des Rechtsstreits in erster Linie davon ab, ob der zwischen der Kl. und der Gemeinschuldnerin abgeschlossene Vertrag über die Entnahme von Wasser aus dem Wasserwerk der Stadtgemeinde M. als ein Sukzessivlieferungsgeschäft oder als ein sog. Wiederkehrschuldverhältnis aufzufassen ist. Liegt ein Sukzessivlieferungsgeschäft, also ein Vertrag vor, der, obschon seine Erfüllung in zeitlich getrennten Teilleistungen erfolgen soll, kraft wechselseitig bindenden Willens der Parteien ein einheitliches Ganzes bildet, dann konnte er vom Konkursverwalter nach § 17 KO. nur im ganzen erfüllt oder im ganzen abgelehnt werden. Es kann sich dann nur noch darum handeln, ob der Konkursverwalter, wie dies das BG. annimmt, die Erfüllung des Vertrages verlangt hat. War dies der Fall, dann war von ihm das gesamte, noch ausstehende Entgelt als Masseschuld nach § 59 Nr. 2 Fall 1 KO. zu bezahlen, die Klage also begründet (RGZ. 98, 138; 129, 228 = JW. 1930, 2782). — War der mit der Gemeinschuldnerin geschlossene Wasserlieferungsvertrag dagegen ein Wiederkehrschuldverhältnis, d. h. ein Schuldverhältnis, das kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden, Wiederholung des Vertragsschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entsteht, also nicht ein für allemal begründet ist (Jäger, 6./7. Aufl., § 17 Anm. 18a), dann ist zu unterscheiden, ob ein für bestimmte Zeitabschnitte sich erneuerndes Wiederkehrschuldverhältnis vorliegt, das durch einseitige Lösbarkeit begrenzt wird. In diesem Falle könnte das etwa anzunehmende Er-

füllungsverlangen des Konkursverwalters sich im Zweifel nur auf den bei Konkursbeginn laufenden Zeitabschnitt bezogen haben, so daß in diesem Falle der Anspruch der Kl. auf das ausstehende Entgelt gem. §§ 17, 59 Nr. 2 Fall 1 KO. eine Masseschuld nur insoweit bilden könnte, als die Gegenleistung für diesen Zeitabschnitt in Betracht kommt. — Der Anspruch auf das Entgelt für den späteren Wasserbezug steht nicht in Streit. — Liegt dagegen ein solches Wiederkehrschuldverhältnis vor, dessen fortlaufende Erneuerung nicht auf Zeit, sondern auf Bezugsmengen abgestellt ist, also durch einen Abruf bedingt ist, der im freien Belieben des Abnehmers steht, dann konnte das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters einen noch von keiner Seite erfüllten zweiseitigen Vertrag im Zweifel überhaupt nicht getroffen haben. In diesem Falle wäre der Anspruch der Kl. auf das Entgelt für die bis zur Konkurseröffnung gelieferten Wassermengen einfache Konkursforderung nach § 3 KO., die erhobene Klage also ohne weiteres für unbegründet zu erachten.

Die Rev. rügt Verletzung des § 17 KO., weil das BG. das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages angenommen hat. Die Rüge erscheint begründet.

Die Frage, ob die Wasserlieferungsverträge, ebenso wie die auf Lieferung von Gas, elektrischer oder anderer Energie, zu der einen oder der anderen der vorstehend bezeichneten Arten von Schuldverhältnissen gehören, ist streitig. Die Ansichten gehen zum Teil recht weit auseinander. Einmütigkeit herrscht nur darüber, daß die Zuleitungsverträge als echte Einheitsverträge (Sukzessivlieferungsverträge) abgeschlossen werden können und solche jedenfalls dann sind, wenn die Lieferung einer Höchst- oder Mindestmenge vereinbart oder bestimmt ist, daß der Gesamtbedarf einer bestimmten Zeit zu einem mit Rücksicht auf den Großbezug ermäßigten Einheitspreise geliefert werden soll (vgl. Jäger, KO. § 17 Anm. 18b; Mentzel, KO. § 17 Anm. 4). Dagegen werden die normalen Zuleitungsverträge, zu denen die Kleinabnehmerverträge zu rechnen sind, von den einen als echte Einheitsverträge, von den anderen als Wiederkehrschuldverhältnisse beurteilt. Zu der ersten Ansicht bekennen sich Mentzel (KO., 4. Aufl., § 17 Anm. 4) nach Aufgabe seiner in der 3. Aufl. vertretenen gegenteiligen Auffassung, Rumpf (JW. 1930, 1346; 1933, 2229), Geiler (Veröffentlichungen des Arbeitgeberverb. der Gaswerke usw. Mitteldeutschlands Heft 26 und JW. 1930, 1402). — Die andere Auffassung vertreten unter Führung Jägers, der die Frage als erster (LZ. 1912, 286) zur Erörterung gestellt hat, die Kommentatoren der KO. Bleyer (3. Aufl., § 17 Anm. 4), Sydow-Busch-Krieg (16. Aufl., S. 93/94), ferner die bekanntesten Erläuterer der (früheren) VerglO.: Bley (§ 4 Anm. III 4c und d), Kiesow (4. Aufl., § 4 IV 4), weiterhin in Einzelaufsätzen Ullmann (Heft 76 der Leipz. Rechtsw. Studien und JW. 1933, 2634), Reitberger (BayZ. 1934, 153 ff., 169 ff.) und Meyer (KonkTrW. 1929, 182).

In der Rspr. ist die Streitfrage vorwiegend dahin entschieden worden, daß jene Kleinabnehmerverträge echte Einheitsverträge seien (vgl. unter vielen anderen OLG. Jena: JW. 1930, 1402; Kiel: JW. 1931, 2139; Frankfurt: JW. 1931, 3146; Köln: JW. 1931, 2169 und 1933, 2229; Celle: JW. 1933, 928[16]; Darmstadt: JW. 1933, 2229; Naumburg: JW. 1933, 2230). — Auf dem Boden der Jägerschen Auffassung stehen das OLG. Stettin: JW. 1930, 1450 und das OLG. Braunschweig: JW. 1930, 1429. Letzteres hat sich in einer späteren Entsch. JW. 1933, 1135 allerdings wieder der anderen Ansicht zugewandt.

Das RG. hat zu der Streitfrage, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen, auch nicht in der Entsch. des 7. ZivSen. v. 24. März 1931: RGZ. 132, 274 = JW. 1931, 3102, die irrtümlich (vgl. Nipperdey: JW. 1931, 3104) dahin ausgelegt worden ist, daß schon der damals erk. Sen. sich für eine Beurteilung der bezeichneten Verträge als Wiederkehrschuldverhältnisse entschieden habe (vgl. die Entgegnung von Warneyer: KonkTrW. 1931, 162).

Die Frage, ob jeweils ein Einheitsvertrag (Dauervertrag) oder ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliegt, ist Tatfrage, bei deren Entscheidung der Parteiwille in aller Regel den Ausschlag gibt. Dieser ist allerdings nicht immer klar erkennbar. Die Vertragschließenden werden selten ausdrücklich erklären, ob sie einen Einheitsvertrag oder ein Wiederkehrschuldverhältnis begründen wollen. Sie werden von der rechtlichen Bedeutung ihrer Vereinbarung vielfach nicht einmal eine klare Vorstellung haben. Die Vertragsauslegung ist daher darauf angewiesen, objektive Merkmale ausfindig zu machen, aus denen auf einen nach der einen oder der anderen Richtung gehenden Parteiwillen geschlossen werden kann (Kiesow, VglO. § 4 Anm. 19). Solche objektiven Anhaltspunkte wird in aller Regel die Gestaltung der beiderseitigen Vertragspflichten aufweisen. Ergibt sich aus ihr, daß eine ganz bestimmte Leistung Gegenstand des Vertrages ist, daß also der eine Teil zur Lieferung einer bestimmten Menge, der andere Teil zur Abnahme dieser Menge, sei es auch in zeitlich getrennten Lieferungen, bis zu einem bestimmten oder unbestimmten Zeitpunkte verpflichtet sein soll, so liegt ein wechselseitig verpflichtender Einheitsvertrag, ein Sukzessivlieferungsvertrag vor. Erscheint dagegen auf Grund der Parteiabreden eine derartige wechselseitige Bindung ausgeschlossen, etwa weil bestimmt ist, daß zwar der eine Teil zur jederzeitigen Lieferung verpflichtet, der andere aber berechtigt sein soll, die Lieferung oder die Fortsetzung der Lieferung jederzeit oder unter Einhaltung einer Kündigungsfrist abzulehnen, so ist regelmäßig ein Wiederkehrschuldverhältnis gegeben, das sich durch die Unterlassung der möglichen Ablehnung weiterer Lieferungen oder die Abstandnahme von einer möglichen Kündigung fort und fort erneuert. Eine Eigentümlichkeit des Wiederkehrschuldverhältnisses ist also der Mangel einer dauernden wechselseitigen Bindung, das Fehlen eines einheitlichen Verpflichtungsgrundes, der die einzelnen Vertragsleistungen zu einer inneren Einheit verbindet.

Die normalen Zuleitungsverträge, die vielfach so bezeichneten Kleinabnehmerverträge, sind regelmäßig Wiederkehrschuldverhältnisse. Für den Fall, daß dem Abnehmer durch den Zuleitungsvertrag überhaupt keine andere Verpflichtung auferlegt ist, als daß er die bezogenen Mengen an Wasser, Strom oder Kraft nach den bestehenden Tarifen zu bezahlen hat, scheint sich auch Geiler, der sonst die Zuleitungsverträge unterschiedslos den Dauer- oder Einheitsverträgen zurechnet, eines Zweifels nicht entschlagen zu können, wie dies seine Ausführungen über diesen von ihm im Heft 26 der oben bezeichneten Veröffentlichungen S. 38 f. behandelten „theoretischen" Fall beweisen. Hier sucht er nämlich darzulegen, daß man jedenfalls bei den Elektrizitätsversorgungsverträgen in einem solchen Falle daran denken könnte, eine Art einseitigen Vorvertrages anzunehmen, aus dem heraus sich dann erst, und zwar erst mit dem jeweiligen Lieferungsbezuge durch den Abnehmer die einzelnen Lieferungsverträge entwickelten, so daß man annehmen könnte, daß mit der durch den jeweiligen Lieferungsbezug entstehenden Verpflichtung des Abnehmers Einzelverträge abgeschlossen würden, die den einseitigen Vorvertrag nur zur Grundlage hätten. Wenn Geiler gleichwohl zu dem Ergebnis kommt, man könne auch in diesem Falle das gesamte Vertragsverhältnis als ein einheitliches ansehen, da aus ihm auf der einen Seite die feste Verpflichtung des Unternehmers zu der Dauerleistung der fortwährenden Lieferungsbereitschaft und außerdem seine Verpflichtung zur Bewirkung der jeweiligen Einzelleistungen resultiere, soweit der Abnehmer von seinem Bezugsrechte Gebrauch mache, auf der anderen Seite zunächst nur ein Recht des Abnehmers zum Lieferungsbezug und außerdem eine Verpflichtung des Abnehmers zur Zahlung der abgenommenen Lieferungen resultiere, so ist bei der vertraglich bestimmten völligen Ungebundenheit des Abnehmers in diesem Falle nicht zu ersehen, worin das Synallagma dieses angeblich gegenseitigen Vertrages bestehen soll. In Wirklichkeit fehlt in diesem Falle das zur Begründung eines zweiseitigen Vertrages erforderliche synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung völlig. Es kann nur ein unter den oben bezeichneten Voraussetzungen sich fort und fort erneuerndes Wiederkehrschuldverhältnis in Frage kommen, das einen einseitig verpflichtenden Grundvertrag oder Vorvertrag zur Grundlage hat, zu diesem aber in keiner inneren rechtlichen Beziehung steht. Hier geht die in

der Herstellung und Unterhaltung der Lieferbereitschaft liegende Leistung des Unternehmers als bloße Nebenleistung in der einzelnen Hauptleistung, der Lieferung von Wasser, Strom oder Kraft, auf.

Etwas wesentlich anderes kann auch nicht für die (normalen) Zuleitungsverträge gelten, in denen die Verpflichtung des Abnehmers zur Zahlung einer sog. Zählermiete oder einer sog. Grundgebühr oder zur Entrichtung jeder dieser Vergütungen ausgesprochen ist. Diese Verpflichtung mag mit der Verpflichtung des Unternehmers, sich dauernd zur Lieferung bereitzuhalten und zu diesem Zwecke unter Umständen sogar erhebliche Opfer an Kapital und Arbeit zu erbringen, in einem synallagmatischen Verhältnisse stehen und insoweit einen zweiseitig verpflichtenden Grundvertrag oder Vorvertrag begründen. Der Mangel einer Verpflichtung des Abnehmers, die nur in Aussicht genommenen in aller Regel als Hauptleistungen anzusehenden Einzelleistungen des Vertragsgegners überhaupt entgegenzunehmen, schließt ein synallagmatisches Verhältnis zwischen der erst mit der Abnahme der Einzelleistungen entstehenden Zahlungspflicht des Abnehmers und der in der fortdauernden Lieferbereitschaft liegenden Leistung des Unternehmers aus. Die in Anlehnung an die Ausführungen von Geiler und Rumpf in den oben angegebenen Gutachten und Aufsätzen von der Revisionsbeantwortung vorgetragene Ansicht, die ständige Lieferbereitschaft des Unternehmers sei wirtschaftlich und rechtlich so wenig von den Einzelleistungen zu trennen, daß sie selbst schon einen erheblichen Teil der Erfüllung darstelle, die durch die Einzelleistungen bewirkt werde, ist abzulehnen. Die Leistung der ständigen Lieferbereitschaft wird durch die Entrichtung der Zählermiete und Grundgebühr in aller Regel abgegolten. Die aus dem Grundvertrage oder Vorvertrage fließenden Vertragsbeziehungen der Parteien erschöpfen sich in der Leistung der Lieferbereitschaft und der Gegenleistung der Grund- und Zählergebühr. Durch das ständige Leistungsangebot des Unternehmers und dessen jeweilige Annahme durch den anderen Teil werden von Fall zu Fall neue Verträge begründet, die, allerdings mit dem in dem Grund- oder Vorvertrage vorgesehenen Inhalte, nach Entstehung und Fortbestand ihr eigenes Dasein haben. Dabei erscheint es zulässig, auch den Grund- oder Vorvertrag — auf seine Benennung kommt es nicht an — als ein Wiederkehrschuldverhältnis zu behandeln, wenn, was die Regel sein wird, sein Fortbestand von der Unterlassung einer Kündigung überhaupt oder nach dem Ablauf der für seine Geltung vereinbarten Zeitdauer abhängt.

Ein praktisches Bedürfnis, die Kleinabnehmerverträge als Einheitsverträge zu behandeln, besteht auch im Konkurse des Abnehmers nicht. Nach der ständigen Rspr. des RG. über die Wirkungen des für Monopolbetriebe allgemein bestehenden Kontrahierungszwanges — d. i. eines durch die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung indirekt wirkenden Zwanges zu einem Abschluß mit den allgemeinen Bedingungen des Monopolinhabers (RG. vom 15. März 1935, II 226/34) — erscheint die Verhängung einer Zuleitungssperre zu dem Zweck, den Konkursverwalter zum Eintritt in einen als Sukzessivlieferungsvertrag aufzufassenden Zuleitungsvertrag zu zwingen und damit die Anerkennung der aus diesem stammenden, noch nicht erledigten Gegenleistungsverbindlichkeiten des Gemeinschuldners als Masseschulden herbeizuführen, unzulässig, so daß die Streitfrage praktisch bereits zugunsten der Konkursverwaltungen entschieden ist. Der Konkursverwalter ist durch diese Rspr. in die Lage versetzt, den Eintritt in einen zur Zeit der Konkurseröffnung laufenden Zuleitungsvertrag mit der Wirkung abzulehnen, daß die aus den Leistungen der Monopolbetriebe bis zur Konkurseröffnung entstandenen Forderungen bloße Konkursforderungen bleiben; er vermag diese Folge herbeizuführen, ohne die von den Monopolbetrieben belieferten Unternehmungen des Gemeinschuldners stillegen zu müssen; denn er kann verlangen, daß die Unternehmungen auf Grund eines neuen, vielleicht mit anderem Inhalt, abzuschließenden Zuleitungsvertrages mit der Wirkung weiter beliefert werden, daß nur die aus dieser Weiterbelieferung entstehenden Verbindlichkeiten die Konkursmasse als Masseschulden belasten. In der Rspr. des RG. hat also die Behandlung der Zuleitungsverträge im Konkurse des Abnehmers schon heute eine Gestaltung angenommen, die diese Verträge von Wiederkehrschuldverhältnissen praktisch kaum noch unterscheidet. Damit ist schon heute dem § 17 KO. in seiner Anwendung auf Zuleitungsverträge fast jede Bedeutung genommen, eine Folge, die dem Interesse einer gerechten und billigen Abwicklung der Konkurse im besonderen Maße dient. Die Monopolbetriebe, namentlich die diesen Charakter tragenden öffentlichen Unternehmungen, verfügen, was keiner weiteren Darlegung bedarf, über so viele und so nachhaltig wirkende Machtmittel, ihre Abnehmer zur pünktlichen Erfüllung ihrer Verpflichtungen ihnen gegenüber anzuhalten, daß sie stets als befähigt angesehen werden müssen, ein übermäßiges Anwachsen dieser Verpflichtungen und damit die Gefahr einer Uneinbringlichkeit ihrer Forderungen zu verhindern. Fälle, wie der vorliegende, dürften zu den Ausnahmen gehören. Es besteht daher kein Bedürfnis, diesen Gläubigern im Konkurse des Schuldners auf Grund des § 17 KO. eine Bevorzugung zu sichern, die sie nicht kraft anderer Vorschriften der KO. genießen.

Die hier vertretene Behandlung der Wasser- usw. Lieferungsverträge entspricht auch der neueren Rechtsentwicklung. In § 36 Abs. 2 VerglO. v. 26. Febr. 1935 hat der Sukzessivlieferungsvertrag im Vergleichsverfahren eine Behandlung erfahren, die einen Bruch mit der bisherigen Anschauung von der Einheitsnatur dieses Vertrages bedeutet. Denn dort ist abweichend von der allgemein für das frühere Recht vertretenen Auffassung für den Fall, daß die aus dem gegenseitigen Vertrage zu bewirkenden Leistungen teilbar sind und der Gläubiger bei Verfahrenseröffnung bereits einen Teil geleistet hat, bestimmt, daß der Gläubiger mit dem Gegenanspruch für diese Teilleistung am Vergleichsverfahren beteiligt ist. Der Sukzessivlieferungsvertrag ist also dem Wiederkehrschuldverhältnis gesetzlich angenähert. Für diese Regelung sind wirtschaftliche Erwägungen, insbes. die Rücksicht auf die übrigen Vergleichsgläubiger, maßgebend gewesen. Denn als Grund für die Abweichung vom geltenden Recht wird angeführt, die bisherige Gestaltung habe den Schuldner benachteiligt, weil sie unter Umständen das Zustandekommen des Vergleichs gefährdet habe und geeignet gewesen sei, die am Verfahren beteiligten Gläubiger, die ihre Forderungen nicht aus Sukzessivlieferungverträgen herzuleiten vermochten, zu schädigen, da die Mittel des Schuldners durch die Befriedigung der außerhalb des Vergleichsverfahrens stehenden Gläubiger aufgezehrt worden seien (vgl. MinR. Dr. W. Vogels, „Die Rechtserneuerung im Vergleichsverfahren": DJ. 1935, 374/75).

Die entwickelten Rechtsgrundsätze auf den vorl. Fall angewendet, ergeben, daß der zwischen der Kl. und der Gemeinschuldnerin abgeschlossene Wasserlieferungsvertrag ein Wiederkehrschuldverhältnis bildet. Die Best. der Satzung vom 25. März 1927 mit ihren späteren Abänderungen bis zum Erlaß der neuen Lieferungsbedingungen v. 1. Okt. 1932 enthalten nichts, was zur Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages nötigen könnte. Eine Bindung der Gemeinschuldnerin zum Bezuge einer Mindest- oder Höchstmenge von Wasser ist darin ebensowenig ausgesprochen wie der Ausschluß eines jederzeitigen Kündigungsrechts. Der bekl. Konkursverwalter war daher zur Abgabe einer Erklärung über den Eintritt oder Nichteintritt in den Vertrag weder gehalten noch überhaupt in der Lage, da in Ansehung dieses Schuldverhältnisses von dem Vorliegen eines zweiseitigen, zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von der Gemeinschuldnerin und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrags obigen Darlegungen zufolge keine Rede sein konnte. Eines Eingehens auf die Frage, ob in dem Verhalten des bekl. Konkursverwalters gegenüber dem Zahlungsanspruche der Kl. ein Erfüllungsverlangen i. S. des § 17 KO. zu finden ist, bedarf es daher nicht.

(U. v. 13. Sept. 1935; II 37/35. — Naumburg.) [K.]

Anmerkung: I. An der Entsch. ist zunächst bemerkenswert, daß sie weit über den zur Beurteilung stehenden Fall — einem Wasserversorgungsvertrag mit seinen besonderen Bedingungen — hinausgreift und eine ganz allgemeine Rechtslehre entwickelt, nämlich, daß

„die normalen Zuleitungsverträge, die vielfach so bezeichneten Kleinabnehmerverträge, regelmäßig Wiederkehrschuldverhältnisse" seien und dabei die gesamte öffentliche Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und anderen Energiearten einbezieht. Es fällt weiter auf, daß das Urteil in seiner Auffassung durchaus nicht einheitlich ist, denn im ersten Teil wird die privatrechtliche Natur des zur Entsch. stehenden Verhältnisses damit begründet, daß zwischen dem einzelnen Wasserabnehmer und der Stadtgemeinde ein mit 14tägiger Frist kündbarer Vertrag geschlossen werde, während der zweite Teil doch gerade dem Nachweis gewidmet ist, daß kein Vertrag, sondern ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliege.

II. Der Gedankengang der Begr. ist folgender. An sich könne bei der Versorgung sowohl ein einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag als auch ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliegen; ausschlaggebend sei der Wille der Parteien. Wo dieser nicht klar ausgesprochen sei, müsse man ihn durch Auslegung mit Hilfe objektiver Merkmale ermitteln, und hierzu sei in aller Regel die Gestaltung der beiderseitigen Vertragspflichten zu benutzen. Die Begr. nimmt dann weiter an, daß bei den genannten Versorgungsverträgen die Abnehmer eine Verpflichtung zum Gebrauch der betreffenden Energie ebensowenig wie eine sonstige Dauerverpflichtung treffe. Es fehle daher an jedem dauernden Gegenseitigkeitsverhältnis zum Versorger, und man könne höchstens einen diesen einseitig verpflichtenden Vorvertrag auf jederzeitige Lieferbereitschaft annehmen. Ein Gegenseitigkeitsverhältnis bestehe nur hinsichtlich der einzelnen Abnahmen, wo sich Lieferung und Bezahlung gegenseitig bedingten.

III. Die Begr. steht und fällt mit der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Verneinung jeder Dauerverpflichtung, insbes. jeder Abnahmeverpflichtung des Abnehmers. Irgendeine Erläuterung, wie man zu dieser Annahme gekommen ist, oder irgendeine Begr. dafür aus der Natur des zugrunde liegenden Wirtschaftsvorganges wird nicht gegeben. Dies muß um so mehr auffallen, als es doch etwas recht Ungewöhnliches ist, daß jemand sich zu einer dauernden Leistung — selbst wenn es nur eine Verpflichtung zur Lieferbereitschaft wäre, wie das Urteil annimmt — *rechtlich* verpflichtet, ohne irgendeine Gegenverpflichtung des anderen Teils.

IV. Die Betrachtung des technischen und wirtschaftlichen Vorganges bei der Energieversorgung zeigt denn auch tatsächlich, daß die Annahme unrichtig ist.

Wie an anderer Stelle (*Henke-Müller-Rumpf*, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Teil III, 5 Kap., S. 157 ff.; *Rumpf*, Die Rechtsstellung des Elektrizitätsunternehmers im Konkurse des Abnehmers: JW. 1930, 1346 ff. und Elektrizitätswirtschaft: 1929, 148 ff.; *Alexander-Rumpf*, Rechtliche Natur der Elektrizitäts- und Gaslieferungsverträge, Bericht für die Zweite Weltkraftkonferenz 1930, Sektion 25, Nr. 53) ausführlich dargelegt worden ist, zerfällt die Leistung des Elektrizitätsversorgers in eine Dauerleistung und beliebig viele Einzelleistungen. Jene besteht in dem Schaffen und Unterhalten von Einrichtungen sowie in ununterbrochener Arbeitsleistung des Personals des Versorgers zu dem Zweck, dem Abnehmer die dauernde Einschaltmöglichkeit seines Anschlußwerkes zu jeder Tages- und Nachtzeit offen zu halten. Bei den Einzelleistungen dagegen ist dafür zu sorgen, daß die jeweils in Anspruch genommene Energiemenge zusätzlich erzeugt wird und dem Abnehmer zufließt. Die Natur der Elektrizität, insbes. die Unmöglichkeit ihrer Speicherung, bedingt es, daß für jeden Abnehmer eine bestimmte Maschinenleistung da sein muß, zu der entsprechende Investitionen in den Verteilungsanlagen hinzukommen. Auch zeigt jede öffentliche Versorgung die Eigentümlichkeit, daß der Abnehmer die Leistung nicht abruft, sondern sie ohne vorherige Benachrichtigung, ja sogar ohne Kenntnis des Versorgers, durch einen einseitigen Akt in Gebrauch nimmt, was natürlich nur möglich ist, wenn der Betrieb dauernd läuft, so daß die Maschinen den jeweiligen Mehrbedarf sofort nach dem Einschalten automatisch erzeugen können. Die Dauerleistung verursacht also dem Versorger für jeden Abnehmer ununterbrochen Kosten durch Kapitaldienst und Betriebsunterhaltung sowie Aufwendungen für Löhne, Verwaltungskosten und ähnliches; diese Kosten übertreffen die Kosten der Einzelleistungen (Kohle, Öl und ein gewisser Lohnanteil) um ein Vielfaches. Ähnlich liegt es bei der Gas- und Wasserversorgung. Auch hier gibt es neben den Einzelleistungen eine Dauerleistung, die das Wesentliche ist, nämlich die ununterbrochene Arbeit dafür, das Gas- oder Wassernetz immer unter dem erforderlichen Druck zu halten und dauernd Gas zu erzeugen oder Wasser zu fördern, da der Inhalt der Gas- und Wasserbehälter infolge der hohen Kosten der Speichervorrichtungen nur als Ausgleichsmenge, nicht aber als Lagervorrat im allgemeinen Sinne in Betracht kommt.

Die Annahme der Entscheidungsgründe würde nun dazu führen, daß der Versorger zwar unaufhörlich die Kosten der Dauerleistung tragen müßte, aber keinerlei Gewißheit hätte, ob er auch nur Ersatz seiner Aufwendungen, geschweige denn einen angemessenen Gewinn erhalten werde. Wenn der Abnehmer seinen Energiebedarf gar nicht oder nur gelegentlich aus dem Versorgungsnetz deckte, was ja mangels einer rechtlichen Abnahmeverpflichtung ganz in seinem Belieben stünde und jederzeit praktisch werden kann (vgl. z. B. das jüngste Vordringen der Verbrennungskraftmaschinen), so würde der Versorger auf seinen Selbstkosten sitzen bleiben.

Beim Kilowattstunden- oder Kubikmetertarif, bei dem überhaupt nur nach der Zahl der gebrauchten Einheiten multipliziert mit dem Tarifpreis gezahlt wird, würde er überhaupt so gut wie nichts erhalten; und selbst beim Grundgebührentarif, bei dem als Abgeltung für die Dauerleistung ein fester Betrag für jeden Verrechnungszeitraum auch dann gezahlt werden muß, wenn überhaupt keine Abnahme stattgefunden hat, würde nur ein Teil der Selbstkosten gedeckt, da aus tarifpolitischen Gründen niemals die gesamten festen Kosten der Dauerleistung in die Grundgebühr einbezogen, sondern zum Teil auch in den nach dem Verbrauch berechneten Arbeitspreis hineingerechnet werden.

Kann man nun wirklich annehmen, daß es nicht nur einen Unternehmer, sondern sogar eine ganze Unternehmergruppe geben sollte, die sich in dieser Weise zu Aufwendungen verpflichten wollte, ohne auch nur den Versuch zu machen, durch entsprechende Ausgestaltung ihrer Verträge ihren Ersatz sicherzustellen? Eine derartige Annahme widerspricht doch dem innersten Wesen des Unternehmertums, das auf Verdienen abgestellt ist; daß dasselbe auch für die Gemeinden als Versorgungsunternehmer gilt, wird durch die Wichtigkeit der Erträgnisse der Versorgung für die öffentlichen Finanzen erwiesen und auch durch § 72 DGO. ausdrücklich festgelegt. Hätte man — wie das Urteil annimmt — aus irgendwelchen Gründen die Abnehmer von jeder Abnahmeverpflichtung freistellen wollen, so wären zwangsläufig Tarifformen entwickelt worden, die den Unternehmern den Ersatz ihrer dauernden Aufwendungen und einen angemessenen Gewinn unabhängig von den Einzelleistungen gewährleistet hätten, statt — wie es von Anfang der Versorgung an bis heute üblich ist — mit Tarifformen zu arbeiten, die nur bei angemessener Benutzung der Anschlüsse genügende Einnahmen gewähren.

Der Vertragswille des Versorgers kann somit nur dahin gehen, daß jeder, der sich an sein Netz anschließt, verpflichtet sein soll, seinen Bedarf an der betreffenden Energieart im Rahmen des Üblichen ausschließlich aus dem Netz zu decken. Damit ist der Umfang der Abnahmeverpflichtung genügend bestimmt; er ist für die Gerichte auch jederzeit objektiv feststellbar. Was unter „üblich" zu verstehen ist, zeigt die Verkehrsauffassung; es ist z. B. sicherlich keine Vertragsverletzung, wenn jemand, der elektrische Beleuchtung eingerichtet hat, gelegentlich eine Kerze oder Petroleumlampe benutzt, ebenso wie er nicht verpflichtet ist, nunmehr nur noch Elektrowärme statt Kohlenwärme zu benutzen. Sobald aber jemand über das übliche Maß hinaus zur Benutzung anderer Energie unter Vernachlässigung seines Anschlusses übergeht, indem er z. B. während der Vertragsdauer den elektromotorischen Antrieb seiner Werkstatt durch eine andere Antriebsart ersetzt, wird er vertragsbrüchig und kann sowohl auf Erfüllung (Unterlassung der anderen Antriebsart) als auch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Dazu kommt, daß von den Abnehmern auch sonst noch zahlreiche Dauerverpflichtungen übernommen werden. Z. B. haben sie (ähnlich wie die Telephonteilnehmer der Post gegenüber) auf ihren Grundstücken Leitungen mit Zubehör für die Zwecke der örtlichen Versorgung zu dulden; ihre Anlagen dauernd nach den Vorschr. des Verbandes Deutscher Elektrotechniker instandzuhalten; dem Versorgungsunternehmer jederzeit den Zutritt zu gestatten; Platz für die Anbringung eines Zählers zur Verfügung zu stellen und anderes dieser Art. Auch ist die Vertragsdauer eindeutig festgelegt. In der Regel gilt beiderseitiges Kündigungsrecht mit festgelegter Frist meist auf das Ende eines Kalenderabschnitts, das vielfach für die erste Vertragszeit — ein bis fünf Jahre — ausgeschlossen wird.

Es zeigt sich also ein ganz klares und unzweifelhaftes Gegenseitigkeitsverhältnis: auf der einen Seite die Verpflichtung des Werkes zur Dauerleistung, auf der anderen Seite die Verpflichtung des Abnehmers, seinen Bedarf an der betreffenden Energie im Rahmen des Üblichen ausschließlich aus dem Netz zu decken und gewissen anderen mit der Versorgung in Verbindung stehenden Verpflichtungen dauernd zu entsprechen, auch eine etwaige Grundgebühr zu bezahlen. Aus diesem Gegenseitigkeitsvertrag erwachsen die Einzelleistungen, die von dem Abnehmer in Anspruch genommen und bezahlt werden. Ihre untrennbare Verbindung mit der beiderseitigen Dauerleistung ergibt sich aus dem technischen Vorgang (s. oben) und der Tatsache, daß in der Zahlung für die Einzelleistungen zugleich das Entgelt für die Dauerleistung, sei es ganz (beim kWh-Tarif) oder zum Teil (beim Grundgebührentarif) eingeschlossen ist.

V. Die wirtschaftliche Betrachtung zeigt somit, daß ein Parteiwille des Versorgers, sich einseitig zur Leistung zu verpflichten, ohne dem Abnehmer Gegenverpflichtungen, insbes. eine Abnahmeverpflichtung, aufzuerlegen, unmöglich angenommen werden kann, und

damit fallen alle auf diese Abnahme gegründeten Schlußfolgerungen in sich zusammen.

VI. Die praktische Bedeutung des Urteils ist im übrigen gering. Schon heute wird die Mehrzahl der Abnehmer in Deutschland nach allgemeinen Bedingungen versorgt, die den Parteiwillen, einen einheitlichen Dauervertrag zu schaffen, klar zum Ausdruck bringen (vgl. Musterbedingungen der Elektrizitätswerke, Fassung Dezember 1933, Ziff. III, 2: „Durch die Genehmigung des Anschlusses durch das Elektrizitätswerk kommt der Vertrag zustande, der nach dem Willen der Parteien bis zu seiner rechtmäßigen Beendigung (IX, 1) ein einheitliches dauerndes Rechtsverhältnis schafft" und Gasbezugsordnung, herausgegeben vom Deutschen Verein von Gas- und Wasserfachmännern, Fassung November 1933, § 1 Abs. 3, mit dem gleichen Wortlaut). Es ist anzunehmen, daß die Vereinheitlichungsbestrebungen in der deutschen Energieversorgung, die sowohl von der Reichsregierung als auch von den Selbstverwaltungsorganisationen in der Reichsgruppe Energiewirtschaft nachdrücklich gefördert werden, in absehbarer Zeit dazu führen werden, daß überall entsprechende Bedingungen gelten werden. Die Rechtsnatur der Versorgungsverträge hat daher bereits heute für den überwiegenden Teil der Energieversorgung aufgehört, ein rechtliches Problem zu sein, und wird in absehbarer Zeit überhaupt nicht mehr diskutiert zu werden brauchen.

Umgekehrt ist wohl ebenso anzunehmen, daß für den Konkursfall die Streitfrage bald an Interesse verlieren wird, da die im § 36 der neuen VerglO. eingeführte Teilung der Sukzessivlieferungsverträge wohl bald auch für die Konkursordnung eingeführt werden wird, so daß es für die Behandlung im Konkurs ganz gleichgültig sein wird, ob ein Sukzessivlieferungsvertrag oder ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliegt.

Der Unterschied verliert damit aber nicht jede Bedeutung, denn die Abnahmeverpflichtung der Angeschlossenen ist natürlich auch außerhalb des Konkurses von erheblicher Wichtigkeit.

VII. In der weiteren Streitfrage, ob der Konkursverwalter, der den laufenden Vertrag nicht fortsetzt, den Abschluß eines neuen Vertrages erzwingen kann, in der die Rspr. der OLG. durchaus uneinheitlich gewesen ist, hat sich das Urteil für die bejahende Ansicht entschieden, allerdings unter Berücksichtigung des Umstandes, daß mit einem Kontrahierungszwang immer nur ein typischer Vertrag zu den allgemeinen Bedingungen und Tarifpreisen verlangt werden kann. Wenn zwischen dem Gemeinschuldner und dem Versorgungsunternehmen ein individueller Vertrag (sogenannter Großabnehmervertrag) mit besonderen Bedingungen und Preisen bestand, so kann der Konkursverwalter, wenn er seine Fortsetzung ablehnt, nicht Weiterversorgung zu den gleichen Begünstigungen verlangen, sondern muß sich an die allgemeinen Bedingungen und Tarifpreise halten.

VIII. Dunkel ist die Stelle in den Entscheidungsgründen, die davon spricht, daß auch der Grund- oder Vorvertrag u. U. als ein Wiederkehrschuldverhältnis behandelt werden müsse, „wenn, was die Regel sein wird, sein Fortbestehen von der Unterlassung einer Kündigung überhaupt oder nach Ablauf der für seine Geltung vereinbarten Zeitdauer abhängt". Wie kann daraus, daß ein Vertrag bis zum Ausspruch einer Kündigung fortbestehen soll, der Schluß gezogen werden, daß gar kein Vertrag, sondern ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliege?

RA. Dr. F. Rumpf, Berlin.

*

**4. § 15 PrStraßBaufluchtlG.; § 13 GVG.; §§ 18, 34 PrZustG. Ist das Rechtsverhältnis zwischen Straßenbauunternehmer und Gemeinde durch einen Vertrag über die gesetzlich umgrenzte, durch Ortsstatut bereits geschaffene öffentlich-rechtliche Leistungspflicht geregelt, dann handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag und ist der Rechtsweg ausgeschlossen, Erzwingung der Leistung im Verwaltungsverfahren zulässig; umgekehrt, wenn der Vertrag der freien Vereinbarung zwischen Gemeinde und Unternehmer entspringt.†)

Auf Grund der §§ 12 und 15 PrGes. v. 2. Juli 1875 betr. die Anlegung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften (PrGS. 561 [FluchtlG.]) und des § 13 WestfLandgemO. v. 19. März 1856 hat die Gemeinde H. in Westfalen unterm 5. Nov. 1906 ein Ortsstatut betr. die Bebauung in der Gemeinde H. erlassen, das ordnungsgemäß vom Bezirksausschuß bestätigt und vom Amtmann des Amts S. veröffentlicht worden ist. Darin ist u. a. bestimmt:

... c) Anlage und Unterhaltung neuer im Bebauungsplan festgestellter Straßen durch Unternehmer oder Anlieger. § 15. Wenn Unternehmer oder Anlieger eine im Bebauungsplan festgestellte Straße oder einen Teil einer solchen anlegen wollen, ist dazu, abgesehen von der baupolizeilichen Genehmigung, die Genehmigung der Gemeindeverordnetenversammlung nachzusuchen.

Zu dem Behufe haben sie einen ... Lageplan ... einzureichen ...

Die Genehmigung darf nur aus Gründen des öffentlichen Interesses versagt werden ... § 16. Erklären sich die Unternehmer oder Anlieger zur Ausführung einer Straßenanlage gemäß der erteilten Genehmigung bereit, oder nehmen sie die Ausführung tatsächlich in Angriff, so sind sie verpflichtet, die Straßenanlage innerhalb der gestellten Frist zu vollenden, widrigenfalls die erforderlichen Arbeiten von dem Gemeindevorstande für Rechnung des Verpflichteten ausgeführt werden können.

Das zur Straßenanlage erforderliche Gelände ist vor Beginn der Arbeiten zur Herstellung der Straße an die Gemeinde kostenlos zu übereignen ... § 17. Die Unterhaltung der gem. §§ 15 und 16 angelegten Straßen geht, sobald sie bedingungsgemäß hergestellt sind, auf die Gemeinde über, dagegen haben die Unternehmer oder Anlieger ... die Kosten dieser Unterhaltung bis ... zu tragen ...

d) Anlage neuer, im Bebauungsplan noch nicht festgestellter Straßen durch Unternehmer oder Anlieger.

... Ist der Plan darauf nach Maßgabe des Ges. vom 2. Juli 1875 zur förmlichen Feststellung gelangt, so erfolgt die Abschließung des Straßenbauvertrages.

Unter „e) Allgemeine Bestimmungen" heißt es weiter: § 19. Die Entsch. darüber, wann Straßen ... als für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertiggestellt sind, richtet sich nach dem Inhalte der bezüglichen baupolizeilichen Vorschriften.

Unterm gleichen Tage war von der Ortspolizeibehörde des Amtes S. eine PolVO. erlassen worden, in deren § 1 Best. darüber getroffen sind, wann eine Straße für den öffentlichen Verkehr und für den Anbau als fertiggestellt zu erachten seien. Dazu gehört hiernach insbes. die Übereignung der zur Straße innerhalb der Straßenfluchtlinie erforderlichen Grundfläche an die Gemeinde und die Ebnung und Befestigung der Straße bzw. des Fahrdammes in bestimmter Weise, sowie die Herstellung von Bürgersteigen aus bestimmten Baustoffen.

Der Bekl. (G.) ist Eigentümer der B.-Straße in H., die er selbst angelegt hat, um Bauplätze zu gewinnen. Durch einen Beschl. der Gemeindeversammlung der Kl. v. 31. Jan. 1927 wurde ihm die Genehmigung zum Ausbau dieser Straße erteilt; in diesem Beschl. heißt es: „Licht- und Hauptwasserleitung legt die Gemeinde an. Im übrigen hat der Antragsteller den Weg ordnungsgemäß wie im Ortsstatute vorgesehen auszubauen, wobei die Gemeinde sich einstweilen mit der Befestigung, die der Amtsbaumeister für ausreichend hält, zufrieden gibt." Der Bekl. ebnete darauf die Straße, brachte sie in gleiche Höhe mit den durch sie verbundenen Straßen und befestigte sie mit Kesselasche, legte aber keine Rinnen und Bordsteine an. Die Kl. legte durch die Straße die Hauptlicht- und Wasserleitungen und erhebt von den Anliegern eine einmalige Umlage. Die Kl. behauptet, der Bekl. habe in den dem Beschl. v. 31. Jan. 1927 folgenden Jahren die Bedingung, unter der ihm in diesem Beschl. die Genehmigung zur Straßenanlegung erteilt worden sei, nicht eingehalten; er habe die Straße trotz mehrfacher Aufforderungen nicht dem Ortsstatut entsprechend ausgebaut. Deshalb habe die Gemeindevertretung am 11. Juli 1932 beschlossen, die weitere Erteilung von Bauerlaubnissen von dem Abschluß eines notariellen Vertrages abhängig zu machen, in dem sich der Bekl. zum Ausbau der Straße nach den Vorschriften des Ortsstatuts und zur Übertragung des Eigentums daran auf die Kl. verpflichte. Dementsprechend wurde am 18. Juli 1932 vor einem Notar ein Vertrag geschlossen, in dem es heißt:

In der Gemeinde H. befindet sich die B.-Straße, die zum größten Teil insoweit fertiggestellt ist, als Schlacken aufgefahren sind. Es liegen jetzt drei Baugesuche von solchen Baulustigen vor, welche an der B.-Straße anbauen wollen. Die Gemeindevertretung will die Genehmigung zur Errichtung dieser Bauten nur erteilen, wenn sich G. der Gemeinde gegenüber in rechtswirksamer Urkunde verschiedenen Verpflichtungen unterwirft, die in dem heutigen Protokoll niedergelegt werden sollen.

Zu diesem Zweck gibt G. folgende verpflichtende Erklärungen ab, welche ... (die Gemeinde annimmt).

1.

G. ist verpflichtet, innerhalb eines Jahres ... unentgeltlich den Grund und Boden, welcher für die B.-Straße erforderlich ist, an die Gemeinde zu Eigentum zu übertragen.

2.

Die B.-Straße muß G. auf seine eigenen Kosten in folgender Weise ausbauen und fertigstellen ...

Den sich aus diesem Vertrage ergebenden Verpflichtungen ist der Bekl. nicht nachgekommen.

Die Kl. begehrte mit der Klage, den Bekl. zu verurteilen, die genannte Straße auf seine Kosten so auszubauen und fertigstellen zu lassen, wie dies in Ziff. 2 bestimmt ist.

LG. und BG. geben der Klage statt. RG. hob auf und verwies zurück.

Das BG. hat den Rechtsweg für zulässig erachtet mit einer Begr., die der rechtlichen Nachprüfung nicht standhält. Es meint, Vereinbarungen zwischen einer Gemeinde und einem Baulustigen „oder Unternehmer", durch welche die Gemeinde Ausnahmen von einem bestehenden Bauverbote gegen Übernahme gewisser Leistungen durch den anderen Teil bewillige, bewegten sich nach ständiger Rspr. nicht auf öffentlich-rechtlichem, sondern auf bürgerlich-rechtlichem Gebiete. Eine solche Vereinbarung erblickt das LG. in dem Vertrage v. 18. Juli 1932. Es entnimmt sie der Einleitung des Vertrags im Zusammenhang mit §§ 1 und 2 des Ortsstatutes v. 5. Nov. 1906. Der Bekl. habe die im Vertrage v. 18. Juli 1932 bezeichneten Verpflichtungen übernommen, um eine Ausnahme von dem Bauverbot zu erwirken.

Das BG. hat die rechtliche Bedeutung des Vertrages verkannt. Es hat nicht etwa Feststellungen darüber getroffen, was die Parteien erklärt haben, oder den Inhalt ihrer Erklärungen ausgelegt; sondern es hat die ihrem Wortlaut und Inhalte nach insoweit feststehenden Erklärungen unter einen Rechtsbegriff eingereiht, unter den sie nicht gehören. Dazu ist es gelangt, indem es gewisse einleitende Sätze zu diesem Vertrage für die rechtliche Beurteilung des Vertrages heranzog, mit der sie nichts zu tun haben.

Das BG. behandelt nämlich den erwähnten Vertrag rechtlich so, als ob es sich um die Genehmigung eines Baugesuches des Bekl. handelte, welcher die Best. des § 1 Ortsstatut, die ihrerseits auf § 12 (FluchtlG.) beruhen, entgegenstünden, so daß nur durch die Bewilligung einer Ausnahme (§ 2 Ortsstatut) dem Baugesuche stattgegeben werden könnte. Eine derartige Annahme widerspricht aber den vom BG. durch Übernahme des Tatbestandes aus dem landgerichtlichen Urt. getroffenen Feststellungen. Danach ist von dem Bekl. als „Baulustigen" überhaupt nicht die Rede. Danach kam auch die Bewilligung einer „Ausnahme" i. S. des § 2 Ortsstatut für ihn gar nicht in Frage, vielmehr wollte die Kl. durch den Vertrag gerade die volle Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 Ortsstatut sicherstellen. Nach jenen Feststellungen kam vielmehr der Bekl. als Unternehmer einer Straßenanlage i. S. des § 15 FluchtlG. und der §§ 15 und 16 Ortsstatut in Frage. Er hatte nach den getroffenen Feststellungen die Straße angelegt, um Bauplätze zu gewinnen. Feststellungen, welche die Annahme gestatten würden, daß der Bekl. als Unternehmer einer Straßenanlage (§ 15 FluchtlG. und §§ 15, 16 Ortsstatut) und zugleich als Baulustiger oder Bauunternehmer i. S. des § 12 des Ges. und der §§ 1, 2 Ortsstatut in Frage gekommen sei, sind nicht getroffen, ebensowenig darüber, daß er als solcher oder für solche Unternehmer um Befreiung von dem Bauhindernisse des § 1 Ortsstatut nachgesucht hätte. Ob der Bekl. als Unternehmer eines Straßenbaues damit weitere Zwecke verfolgte, ob er insbes. damit eigene Grundstücke „baureif" machen und verkaufen wollte oder solche bereits als „baureif" verkauft hatte, kommt für seine Eigenschaft als Unternehmer i. S. des § 15 des Ges. und der §§ 15 und 16 Ortsstatut nicht in Betracht. Das BG. hat zwei voneinander tatsächlich und rechtlich völlig verschiedene Begriffe des Unternehmers, den von Bauten an einer neu angelegten Straße und den des Baues einer neu zu erstellenden Straße (§§ 12 gegen 15 des Ges., §§ 1, 2 gegen 15, 16 des Stat.), miteinander verwechselt. Nach seinen eigenen Feststellungen konnte es sich aber bei dem Bekl. nur um einen Unternehmer der letzteren Art handeln, für den nicht ein „Dispens" von einem Bauverbot, sondern die Festlegung des näheren Inhalts und Umfangs einer Verpflichtung in Frage kam, wie sie gem. § 15 FluchtlG. durch Ortsstatut oder im übrigen durch Vereinbarung der Gemeinde mit dem Unternehmer diesem auferlegt werden kann. Diese grundlegende Verkennung des rechtlichen Wesens des Vertrags v. 18. Juli 1932 ist für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs durch das BG. ursächlich gewesen.

Die bisher vom BG. getroffenen Feststellungen gestatten aber dem RevG. nicht, von sich aus diese Frage abschließend zu beantworten. Vielmehr sind dazu weitere Erörterungen tatsächlicher Natur erforderlich, wie sich aus nachstehenden Ausführungen ergeben wird.

Nach § 15 FluchtlG. kann durch Ortsstatut festgesetzt werden, daß bei der Anlegung einer neuen Straße, wenn sie zur Bebauung bestimmt ist, von dem Unternehmer der neuen (Straßen-) Anlage gewisse Leistungen gefordert werden; es kann ihm die Freilegung der Straße, ihre erste Einrichtung, die Entwässerung, Beleuchtungsvorrichtung der Straße in einer dem Bedürfnis entsprechenden Weise auferlegt werden. Es kann ihm auch die Unterhaltung der Straße auf eine beschränkte Zeit oder ein Beitrag zu deren Kosten zur Last gelegt werden. Das alles, aber auch nicht mehr, kann durch Ortsstatut auferlegt werden; einseitig kann es nur durch Ortsstatut, nicht etwa z. B. durch eine PolVO., auferlegt werden. Im übrigen aber steht der Gemeinde der Weg freier Vereinbarung offen, und zwar liegt eine solche freie Vereinbarung auf bürgerlich-rechtlichem Gebiete (vgl. v. Strauß-Torney-Saß, Bem. 15 zu § 15 FluchtlG. S. 328, 329). Wird die Leistungspflicht, deren Umfang so durch das Gesetz beschränkt ist, durch Ortsstatut auferlegt, dann wird dadurch ein öffentlich-rechtliches Verhältnis geschaffen (vgl. v. Strauß-Torney-Saß S. 326, 327); die Leistung kann dann im Verwaltungszwangsverfahren als Gemeindelast (§§ 18 Nr. 2 und 34 Nr. 2 PrZustG.) erzwungen werden. An dieser auch von dem genannten Erläuterungswerke a. a. O. vertretenen Auffassung, die vom 5. ZivSen. in einem Urt. v. 4. Nov. 1914 (V 248/1914) ausgesprochen und seither festgehalten worden ist, hält der Sen. insbes. gegenüber einem früheren, in RGZ. 22, 285 abgedr. Urt. des 5. ZivSen. des RG. fest; denn dort ist die Zulässigkeit des bürgerlichen Rechtswegs im wesentlichen auf die Annahme begründet, es handle sich bei jenen Lasten vorwiegend um Vermögensinteressen der Gemeinden, nicht um die Verfolgung öffentlicher Interessen, eine Auffassung, die der heutigen Anschauung fremd geworden ist.

Über die so umgrenzte, durch das Ortsstatut bereits geschaffene öffentlich-rechtliche Leistungspflicht des (Straßenbau-) Unternehmers kann nun aber auch ein dem öffentlichen Rechte angehöriger Vertrag geschlossen werden, der etwa die Einzelleistungen des besonderen Falles regeln mag, die ein für alle Fälle anzuwendendes Ortsstatut nicht regeln kann, ein Vertrag, der insbes. bei Nichterfüllung bestimmter Einzelleistungen das Verwaltungszwangsverfahren zuläßt und im einzelnen ermöglicht. Ein solcher „Unternehmervertrag im engeren Sinn", wie ihn das vorgenannte Erläuterungswerk (a. a. O. S. 329) nennt, ist nicht zu verwechseln mit einer anderen Art von Vertrag über die Bedingungen eines (Unternehmer-) Straßenbaues, welcher der freien Vereinbarung zwischen Gemeinde und Unternehmer entspringt, und wobei auf die Auferlegung und Umgrenzung der obengenannten Leistungspflicht durch ein Ortsstatut verzichtet oder doch von

einer solchen abgesehen wird. Ein solcher Vertrag gehört dann dem bürgerlichen Rechte an.

Nun hatte die Kl. unter dem 5. Nov. 1906 ein Ortsstatut erlassen. Sie hat sich dabei auf §§ 12 und 15 des Ges. bezogen, von welchen Best., nach dem Ausgeführten, hier nicht, wie das BG. meint, § 12, sondern § 15 in Betracht kommt. Die Auslegung dieses Ortsstatuts als einer nicht revisiblen Norm ist Sache des Tatrichters. Er muß prüfen, ob durch die §§ 15, 16 des Stat. die in § 15 des Ges. inhaltlich umgrenzte Pflicht dem (Straßenbau-) Unternehmer überhaupt auferlegt worden, oder ob nicht vielmehr gerade in diesem Statut die Begr. einer solchen Pflicht und die Best. ihres Inhalts im einzelnen der freien Vereinbarung in der Form vorbehalten worden ist, daß Bedingungen aufgestellt werden, von deren Annahme die Genehmigung abhängen solle. Er muß die Bedeutung des § 19 des Stat. im Zusammenhang mit dessen § 16 und mit der PolVO. und die Frage prüfen, ob es möglich war, den Umfang und näheren Inhalt der durch § 15 des Ges. eingeschränkten Pflichten, die dem Unternehmer durch Ortsstatut auferlegt werden können, dem jeweiligen Inhalte von PolizeiVO. in Form eines sog. Blanketts zu überlassen. Denn auch wenn ein Ortsstatut auf Grund des § 15 des Ges. erlassen wurde, so war die Gemeinde damit noch nicht gehalten, darin die Leistungen, die § 15 FluchtlG. nennt, dem Straßenbauunternehmer schon aufzuerlegen; vielmehr konnte auch ein Statut noch der freien bürgerlich-rechtlichen Vereinbarung jeden Spielraum vorbehalten. Das Statut konnte aber auch, ausdrücklich oder dem Sinne nach, jene Leistungen grundsätzlich bereits dem Unternehmer der Straße in der Weise auferlegen, daß nur noch Einzelheiten dem bereits erwähnten „Unternehmervertrag im engaeren Sinn" vorbehalten wurden; dann gehörte dieser Vertrag dem öffentlichen Recht an.

Das BG. hat sich mit diesen Fragen noch nicht befaßt. Ihre Beantwortung erfordert tatsächliche Erörterungen und vor allem die tatrichterliche Auslegung des Ortsstatuts. Alles das muß vom Tatrichter noch geklärt werden. Erst dann kann die Bedeutung der einzelnen Verhandlungen und Erklärungen von Gemeindeorganen oder Gemeindeangestellten mit dem Bekl. und ihm gegenüber richtig beurteilt werden, insbes. auch, was die Anwendung des § 65 WestfGemO. betrifft. Erst dann konnte auch die Rechtsnatur des Vertrages v. 18. Juli 1932 ermittelt werden. War dem Bekl. durch das Ortsstatut eine Leistungspflicht des durch § 15 des Ges. begrenzten Inhalts noch nicht auferlegt, war also eine öffentlich-rechtliche Leistungspflicht des Bekl. noch nicht begründet worden, oder schien es beiden Beteiligten zweifelhaft, ob sie bereits begründet war und mit welchem Inhalte, dann würde die Annahme naheliegen, daß man mit dem Vertrage v. 18. Juli 1932 eine Regelung habe treffen wollen, die von dem Bestehen einer durch das Ortsstatut begründeten öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht des Bekl. überhaupt absah und die Verpflichtung des Unternehmers der Straßenanlage auf eine privatrechtliche Grundlage zu stellen bezweckte (vgl. v. Strauß-Torney-Saß a. a. O. S. 328 2. Abs.). War aber nicht das Bestehen einer durch das Ortsstatut begründeten öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht des Bekl. selbst, sondern nur deren Umfang im einzelnen noch zweifelhaft oder streitig, dann könnte es sich um einen dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörigen Unternehmervertrag i. e. S. (vgl. oben und die bereits angeführte Stelle bei v. Strauß-Torney-Saß S. 329 2. Abs.) handeln, der nur dazu bestimmt gewesen wäre, die bereits öffentlich-rechtlich im Rahmen des § 15 des Ges. durch das Ortsstatut begründete Leistungspflicht entsprechend diesem Statute im einzelnen festzulegen und für das Verwaltungszwangsverfahren die nötige Klarheit zu schaffen. Die Form der notariellen Vertragsurkunde würde solcher Annahme nicht notwendig widersprechen, da es auch notariell beurkundete „Verträge" verwaltungsrechtlichen Inhalts geben kann. Gelangt aber das BG. bei erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage nach den hier erörterten Gesichtspunkten wieder zu dem Ergebnis, das es im vorl. Urt., aber ohne ausreichende Begr., niedergelegt hat, daß nämlich der Bekl. zum Ausbau der Straße in der von der Kl. geforderten Weise bereits aus dem Ortsstatut und auf Grund einer öffentlich-rechtlichen im Verwaltungszwangsverfahren erzwingbaren Last verpflichtet gewesen sei, dann müßte der Tatrichter allerdings besonders erforschen, was die Vertragsschließenden bezweckten, als sie am 18. Juli 1932 einen Vertrag schlossen, durch den sich der Bekl. einer Verpflichtung unterwarf, der er ohnehin schon unterworfen gewesen ist, und zwar aus öffentlichem Rechte. Dann würde zu prüfen sein, ob es sich, was diese Verpflichtung betrifft, nur um eine besondere wirksame (notariell bekräftigte) Anerkennung der bereits bestehenden öffentlich-rechtlichen Pflicht handeln sollte, eine Annahme, der die Form des notariellen Vertrages nicht notwendig entgegenstünde; dann wäre ein zweiseitiges Verwaltungsrechtsgeschäft anzunehmen. Aber es kommen für die erneute Prüfung des Sachverhalts durch den Tatrichter auch noch andere Möglichkeiten in Betracht, die hier aufzustellen weder möglich noch nötig ist. Zu solchen Möglichkeiten mag auch die gehören, daß die Parteien des Vertrages, gleichviel, wie die Rechtslage sei, eben wegen der Streitigkeiten und vielleicht auch Zweifel, die sich aus der bisherigen Entwicklung der Angelegenheiten ergeben haben mochten, unter allen Umständen einen sicheren Rechtsboden nunmehr hätten schaffen wollen und daß sie das in den Formen eines dem bürgerlichen Recht angehörigen Vertrages erreichen zu können geglaubt haben, wie immer sich die Rechtslage bisher gestaltet haben möge, daß sie also von dem, was etwa bisher gegolten haben möchte, bewußt hätten absehen wollen. In einem solchen Falle würde kein Bedenken bestehen, den Rechtsweg für zulässig zu erachten, wie das der 5. ZivSen. in dem oben bereits erwähnten Urt. v. 17. Jan. 1917, V 294/1916, getan hat. Aber auch eine derartige Annahme erlauben die bisherigen Feststellungen des BG. nicht; dieses geht ja vielmehr davon aus, der Bekl. sei schon bis zum Vertrage v. 18. Juli 1932 auf Grund öffentlichen Rechts durch das Statut zum Ausbau der Straße in der von der Kl. geforderten Weise verpflichtet gewesen, er habe das auch, ebenso wie die Kl., gewußt.

Erst wenn hiernach die tatsächlichen Voraussetzungen und der Inhalt des Vertrages v. 18. Juli 1932 geklärt sein werden, wird die Rechtsnatur dieses Vertrages und damit die Zulässigkeit des Rechtswegs abschließend bejaht oder verneint werden können.

Sollte allerdings das BG. bei der ihm obliegenden Auslegung des Ortsstatuts oder auf Grund sonst neu getroffener tatsächlicher Feststellungen zu dem Ergebnis kommen, daß eine Auferlegung der Verpflichtung i. S. des § 15 FluchtlG. durch das Ortsstatut nicht erfolgt ist, dann wäre die Frage zu klären, ob und durch welche Vereinbarungen — denn nur um solche könnte es sich dann handeln — die Verpflichtung von dem Bekl. übernommen worden ist. Dann allerdings wäre anzunehmen, daß sich solche Vereinbarungen auf bürgerlich-rechtlichem Gebiete bewegen (vgl. Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, I. Bd., 1932, S. 484 Ziff. 3 und S. 485), wie ja oben schon ausgeführt worden ist. Die Feststellungen des BG. zusammen mit denen des LG. lassen übrigens bisher überhaupt nicht erkennen, inwiefern sich die Verpflichtung zum Ausbau der Straße in der nunmehr im Vertrage v. 18. Juli 1932 festgelegten Art auf das Ortsstatut gründet; denn dieses bezieht sich in § 19 lediglich für die Begriffsbestimmung, wann eine Straße als fertiggestellt zu erachten sei, auf die jeweils geltenden örtlichen baupolizeilichen Vorschriften, die ihrerseits (in der PolVO. v. 22. Juli 1907, § 1b und c) diesen Begriff festlegen. Ob bei dieser Rechtslage das Ortsstatut dem Straßenbauunternehmer die Ausführung des Straßenbaues in der im Vertrage festgelegten Form bereits auferlegt hat, das wird nach alledem erst noch zu prüfen sein. Die Beantwortung all dieser Fragen und damit die nach der Zulässigkeit des Rechtsweges ist auf Grund der bisherigen tatsächlichen Erörterungen des BG. noch nicht möglich.

(U. v. 20. Sept. 1935; VII 42/35. — Hamm.) [H.]

Anmerkung: Ob der Rechtsweg im gegebenen Fall zulässig ist oder nicht, läßt sich, wie das RG. richtig ausführt, auf der

Grundlage des vom Vorderrichter festgestellten Sachverhalts noch nicht abschließend beurteilen.

Das RG. rügt zunächst zutreffend, daß die rechtliche Natur des Vertrages v. 18. Juli 1932 vom Vorderrichter verkannt worden sei. Diese Rüge ist wenigstens insoweit begründet, als das RG. dem BG. vorwirft, es habe zu Unrecht versäumt, den in Rede stehenden Vertrag zu § 15 FluchtlG. in Beziehung zu setzen. Dieser Ausblick war in der Tat geboten, da die Eigenschaft des Bekl. als Unternehmer der von ihm angelegten B.-Straße in die Augen springt. Es erscheint jedoch durchaus zweifelhaft, ob die vom RG. vorgenommene alternative Entgegensetzung der §§ 12 und 15 FluchtlG. im Hinblick auf den erwähnten Vertrag der gegebenen Rechtslage gerecht wird. Gewiß, der Bekl. hatte in eigener Person kein Baugesuch eingereicht; er kommt somit als „Baulustiger" nicht in Frage. Insoweit ist es daher berechtigt, wenn das RG. dem BG. vorhält, es habe keine Feststellungen getroffen, welche die Annahme gestatten würden, daß der Bekl. als Baulustiger oder Bauunternehmer i. S. des § 12 FluchtlG. oder für solche Unternehmer um Befreiung von dem Bauhindernis des § 1 des Ortsstatuts nachgesucht habe. Der Bekl. ist in der Tat weder selbst als Baulustiger noch als Vertreter von Baulustigen aufgetreten. Gleichwohl ist folgendes zu erwägen:

Die Einleitung des streitigen Vertrages sagt deutlich, daß zur Zeit des Vertragsabschlusses drei Baugesuche von Baulustigen vorlagen, welche an der B.-Straße anbauen wollten. Daß diese Baugesuche noch nicht genehmigt, ja offensichtlich auf Hindernisse gestoßen waren, war der Anlaß für den Abschluß des Vertrages. Der Vertrag steht also nicht jenseits jeder Beziehung zu dem Vorliegen der drei Baugesuche. Es fragt sich nun, ob das RG. diese Beziehung richtig gewürdigt hat. Das RG. meint, diese Beziehung sei rechtlich belanglos, da die Absicht des Bekl., die Erledigung der Baugesuche durch den Abschluß des Vertrages zu fördern, nur die Bedeutung eines rechtlich unbeachtlichen Motivs besitze. Diese Auffassung erscheint bedenklich, wie sich aus folgender Überlegung ergibt: Der Bekl. mußte sich in dem erwähnten Vertrag verpflichten, die B.-Straße binnen Jahresfrist in einer bestimmten Weise auszubauen und den Straßengrund unentgeltlich in das Eigentum der Gemeinde H. zu überführen. Nach Erfüllung dieser Verpflichtung wäre allerdings für eine Befreiung von dem Bauhindernis des § 1 des Ortsstatuts keinerlei Raum mehr gewesen, da diese Verpflichtungen ja, wie das RG. richtig darlegt, „gerade die volle Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 des Ortsstatuts sicherstellen" sollten. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die drei Baugesuche nach der Absicht der Partner des streitigen Vertrags noch ein volles Jahr unerledigt liegen bleiben und erst nach Erfüllung der erwähnten Verpflichtungen genehmigt werden sollten. Im Gegenteil: der Zweck des Vertrages war ersichtlich gerade darauf gerichtet, die Hindernisse im Genehmigungsverfahren sofort auszuräumen und die vorl. Baugesuche unverzüglich zum Ziel zu führen. Die Einleitung des streitigen Vertrages sagt ja auch ausdrücklich, daß die Gemeinde die Genehmigung nur erteilen wolle, wenn sich der Bekl. der Gemeinde H. gegenüber verschiedenen Verpflichtungen unterwerfe. Wohlgemerkt: die Gemeinde will die nachgesuchte Genehmigung nicht erst erteilen, wenn die im Vertrag niedergelegten Verpflichtungen erfüllt sind, sondern schon dann, wenn sich der Bekl. den Verpflichtungen „unterwirft"! Diese einleitenden Sätze haben keineswegs, wie das RG. meint, mit der rechtlichen Beurteilung des Vertrages „nichts zu tun". Sie sind vielmehr der Schlüssel zum Verständnis des Vertrages. Die überkommene Neigung unserer Gerichte, „einleitende Sätze", sog. „Präambeln", mit leeren Deklamationen gleichzusetzen, dürfte ja ohnehin als Folge der nationalsozialistischen Gesetzgebungstechnik im Aussterben begriffen sein. Im vorl. Falle erscheint mir die „souveräne Verachtung" des Wertes der „einleitenden Sätze" besonders unangebracht zu sein. Es handelt sich nämlich augenscheinlich nur um eine wenig geschickte Vertragstechnik, daß der höchst bedeutsame Inhalt dieser Sätze nicht auch säuberlich unter einer besonderen Rubrik im Kern des vertraglichen Instrumentes seinen Platz gefunden hat. Der Bekl. hat sich zum Abschluß des Vertrages nur herbeigelassen, weil ihm hierfür seitens der Gemeinde eine Gegenleistung, nämlich die Genehmigung der drei Baugesuche, zugesagt worden war. Die vom RG. als bedeutungslos beiseite geschobenen Sätze erweisen also erst den synallagmatischen Charakter des streitigen Vertrages. Es handelt sich also um einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten der drei Baulustigen, die bereits ein Baugesuch eingereicht hatten. Ihnen wollte der Bekl. — natürlich nicht ohne eigenes Interesse — die Genehmigung ihrer Gesuche sichern. Daß diese Antragsteller, die doch nicht noch ein volles Jahr mit dem Beginn der Bauten warten wollten, vorerst, solange der Bekl. seine Verpflichtungen nicht erfüllt und damit den Voraussetzungen des § 1 des Ortsstatuts noch nicht Genüge getan hatte, noch der Bewilligung einer Ausnahme i. S. des § 2 des Ortsstatuts bedurften, ist bereits dargetan. Wenn das RG. somit dem BG. mit Recht vorgeworfen hat, daß dieses die Ausrichtung des Sachverhalts an § 15 FluchtlG. versäume, so wird umgekehrt dem RG. vorzuhalten sein, daß es nunmehr seinerseits die Beziehungen des Sachverhalts zu § 12 FluchtlG. völlig aus dem Blick verliert.

Man wird wohl den wirklichen Intentionen der beiden Vertragsparteien am nächsten kommen, wenn man den streitigen Vertrag sowohl in seiner Beziehung zu § 12 FluchtlG. wie auch zu § 15 FluchtlG. würdigt. Dem Bekl. kam es bei dem Vertragsschluß nicht so sehr auf die Präzisierung seiner Verpflichtungen als Straßenunternehmer als vielmehr auf die schnellstmögliche Bereinigung der Schwierigkeiten im Baugenehmigungsverfahren an; der Gemeinde war umgekehrt gerade an der Festlegung der dem Bekl. obliegenden oder aufzubürdenden Verpflichtungen als Unternehmer der B.-Straße gelegen. Diese Interessen fanden im Vertrag v. 18. Juli 1932 ihren Ausgleich, indem die Gemeinde sich zur Genehmigung der Baugesuche, der Bekl. sich zur vereinbarten Art des Ausbaues der B.-Straße verpflichtete. Die Erwägungen, die das RG. in letzterer Hinsicht anstellt, verdienen das Lob, eine besonders klare Darstellung der einschlägigen, äußerst subtilen Rechtsfragen zu § 15 FluchtlG. zu sein. In dieser Richtung ist der Entsch. nichts hinzuzufügen.

RA. Reuß, Berlin.

*

5. § 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Versehen eines Büroangestellten. Es ist nicht erforderlich, daß der Rechtsanwalt jede Mitteilung an die Partei über Berechnung und Notierung von Fristen persönlich hinsichtlich ihrer Richtigkeit kontrolliert, sofern er einen unbedingt zuverlässigen Büroangestellten mit der Wahrnehmung dieser Tätigkeit betraut hat und diese Arbeit in geeigneter Weise überwacht.

Gegen das Urt. des LG. hat der Vertreter des Kl. in der BerInst. am 1. Juni 1935 Berufung eingelegt, nachdem das Urt. dem Vertreter des Kl. im ersten Rechtszuge, RA. M., bereits am 30. April 1935 in einer Ausfertigung gem. § 317 Abs. 2 ZPO. zugestellt war. Am 13. Juni 1935 hat der Anwalt des Kl. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Zur Begründung hat er angeführt: Der Büroangestellte B. des RA. M., der mit der Führung des Fristenkalenders beauftragt war, habe in den Handakten und in dem Fristenkalender eine Notfrist auf den 25. Mai 1935 notiert, habe dann aber in dem Entwurf eines Schreibens an den Kl., das RA. M. unterzeichnete, als Tag des Ablaufs der Berufungsfrist irrtümlich den 2. Juni 1935 angegeben, da er die von RA. M. an den Anwalt der Gegenseite am 2. Mai 1935 erfolgte Zustellung des Urteils, dessen Empfangsbescheinigung er mit einer Heftklammer auf die Innenfläche des rückseitigen Aktendeckels geheftet habe, mit der an RA. M. erfolgten Zustellung vom 30. April 1935, die er bereits vorher in die Handakten eingeheftet hatte, verwechselt habe. Die letztere, maßgebende Zustellung sei durch andere in der Zwischenzeit eingegangene Schriftstücke verdeckt gewesen, da die von der Gegenseite mit dem Empfangsvermerk v. 2. Mai 1935 versehene Urteilsausfertigung erst am 4. Mai zurückgegeben worden sei.

Das OLG. hat den Antrag des Kl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zurückgewiesen und die Berufung des Kl. wegen verspäteter Einlegung als unzulässig verworfen.

Die Beschwerde ist begründet.

In der Beurteilung der entscheidenden Frage, inwieweit von RA. M., dessen Verschulden der Kl. sich als das seines Prozeßbevollmächtigten anrechnen lassen müßte, bei der von ihm zu fordernden Sorgfalt die Verhütung des Versehens zu erwarten war, kann dem OLG. nicht in der Auffassung beigetreten werden, daß RA. M. vor Unterzeichnung des Schreibens v. 27. Mai 1935 persönlich die Angabe, daß bis zum 2. Juni 1935 Berufung eingelegt werden könne, hätte nachprüfen müssen. Da es sich bei der Berechnung und Notierung von Fristen zwar um eine außerordentlich wichtige, doch aber im allgemeinen büromäßig zu erledigende Angelegenheit han-

delt, so ist von dem Anwalt nicht zu erwarten, daß er jede derartige Mitteilung persönlich hinsichtlich ihrer Richtigkeit kontrolliert. Insoweit muß er sich auf seine Angestellten verlassen dürfen, falls nachstehende Voraussetzungen zutreffen. In weitgehendem Maße muß von dem RA. gefordert werden, daß er nur einen unbedingt zuverlässigen Büroangestellten mit der Wahrnehmung dieser verantwortungsvollen Tätigkeit betraut und es auch an einer geeigneten Überwachung dieser Arbeit nicht fehlen läßt. In dieser Hinsicht hat der Kl. glaubhaft vortragen lassen, daß B. länger als zweieinhalb Jahre bei RA. M. gearbeitet und sich dabei bestens bewährt hat und sich insbes. vorher noch keine Frist- oder Terminsversäumnis hat zuschulden kommen lassen. Nach der Versicherung des RA. M. erscheint es auch hinreichend glaubhaft, daß dieser sowohl seinen Bürobetrieb im allgemeinen wie auch die Führung des Terminkalenders gehörig überwacht hat.

Stellt sich mithin das Versehen des Büroangestellten B. als ein von ihm nicht zu erwartendes Verhalten dar, an dem RA. M. kein Verschulden trifft, so bildet die Versäumung der Berufungsfrist für den Kl. einen unabwendbaren Zufall i. S. von § 233 ZPO., auf Grund dessen ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren und demgemäß auch der Beschluß, durch den die Berufung des Kl. als unzulässig verworfen worden ist, aufzuheben war. Damit ist auch die am 1. Juli 1935 eingereichte Berufungsbegründung rechtzeitig erfolgt, da auch in solchem Falle die Berufungsbegründungsfrist mit der tatsächlichen Einlegung der Berufung beginnt (SeuffArch. 81, 190; Stein-Jonas, Komm. zu ZPO., § 519 A. II 2a Nr. 6).

(Beschl. v. 26. Aug. 1935 VI B 26/35.) [Hn.]

*

**6. §§ 1041 Abs. 1 Nr. 1, 1042 mit 253 Abs. 2 Nr. 2, 297 Abs. 1, 308 Abs. 1 ZPO. Was Gegenstand des Klagebegehrens sein soll, kann das Schiedsgericht, ohne an dem Wortlaut besonders gefaßter Anträge gebunden zu sein, aus der Gesamtheit des ihm unterbreiteten Streitstoffes entnehmen, und es darf dabei davon ausgehen, daß die Parteien von ihm eine wirtschaftlich zweckmäßige und praktische Erledigung des Streites verlangen.†)

Die Rev. rügt Verletzung des § 1041 Abs. 1 Nr. 1, § 1042 ZPO. Sie ist begründet.

Es ist zwar richtig, daß das Schiedsgericht nicht über Streitpunkte entscheiden darf, die nicht Gegenstand des Parteivorbringens gewesen sind. Dies folgt aus dem Wesen seiner Aufgabe und aus dem Wesen eines bürgerlichen Rechtsstreits überhaupt. Insofern kann gesagt werden, daß die Vorschrift des § 308 Abs. 1 ZPO., wonach das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat, auch für das schiedsrichterliche Verfahren gelte. Indessen bedürfen die Klageanträge vor dem Schiedsgericht keiner ausdrücklichen Kundgabe und keiner schriftlichen Abfassung, es sei denn, daß die Parteien im Schiedsvertrage Gegenteiliges vereinbart haben. Die Klageanträge können daher im Regelfalle auch stillschweigend gestellt werden, das Schiedsgericht kann sie aus der Gesamtheit des ihm unterbreiteten Streitstoffes entnehmen und insofern auch über die etwa besonders abgefaßten Anträge der Parteien hinausgehen. Die Befugnis des Schiedsgerichts hierzu ergibt sich — vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften im § 1034 Abs. 1 ZPO. — daraus, daß die Schiedsrichter das Verfahren, soweit nicht die Parteien eine Vereinbarung getroffen haben, nach freiem Ermessen bestimmen (§ 1034 Abs. 2 ZPO.). Die Vorschrift in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO., wonach die Klage einen bestimmten Antrag enthalten muß, und die Vorschrift in § 297 Abs. 1 ZPO., wonach die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden müssen, finden danach im schiedsrichterlichen Verfahren keine, also auch nicht eine entsprechende Anwendung. Daraus folgt, daß für dieses Verfahren die erwähnte Vorschrift in § 308 Abs. 1 ZPO. nicht die Tragweite haben kann, die ihr für das ordentliche Gerichtsverfahren zukommt. Weiter dürfen die Schiedsrichter bei Auslegung des Parteibegehrens, wie der Senat bereits in dem Urt. v. 1. März 1935, VII 255/1934, ausgesprochen hat, davon ausgehen, daß die Parteien von ihnen eine wirtschaftlich zweckmäßige und praktische Erledigung des Streites verlangen. Handeln die Schiedsrichter nach diesen Grundsätzen, so verstoßen sie nicht gegen den Verhandlungsgrundsatz, sondern beachten ihn vorbildlich. Davon, daß der Schiedsspruch solchenfalls auf einem unzulässigen Verfahren beruhe (§ 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO.), kann also keine Rede sein.

(U. v. 11. Okt. 1935; VII 74/35. — Hamburg.) [H.]

Anmerkung: Daß § 308 Abs. 1 ZPO. auch insofern für das Schiedsgerichtsverfahren gelte, als die Entsch. des Schiedsgerichts nicht über das Parteivorbringen hinaus gehen darf, ist einheitliche Ansicht; ebenso daß es im Schiedsgerichtsverfahren ausdrücklicher Antragstellung nicht bedarf. Die Bedeutung der Entsch. besteht in der Erörterung, ob und inwieweit das Schiedsgericht an Anträge der Parteien gebunden ist oder ob es über sie hinausgehen darf. Der Standpunkt des RG. ist außerordentlich weitgehend: Die genannte Gesetzesbestimmung bindet nicht — wie im Zivilprozeß — an bestimmte Anträge, der Schiedsspruch kann vielmehr über alles richten, was die Parteien im Verfahren vorgetragen haben.

Diese Stellungnahme des RG. wird schwerlich nur Freunde finden. Die Gegner werden verschiedene Gründe anzuführen wissen, beispielsweise:

1. Die — vom RG. zur Begründung seiner Entsch. herangezogene — Befugnis der Schiedsrichter, das Verfahren nach freiem Ermessen zu bestimmen, kann zwar dazu führen, daß die Schiedsrichter eine bestimmte Art der Antragstellung ausschließen oder verlangen, sie hat jedoch mit Inhalt und Umfang der sachlichen Erkenntnis im Schiedsspruch nichts zu tun.

2. Es ist zwar richtig, daß die Klageanträge formlos, auch stillschweigend, gestellt werden können, und daß das Schiedsgericht sie auch aus der Gesamtheit des ihm unterbreiteten Streitstoffes entnehmen darf. Dies ist aber nur eine Erleichterung gegenüber dem Zivilprozeß. Die Parteien können sich natürlich auch an die in diesem üblichen Formen halten. Tun sie dies dadurch, daß sie ausdrücklich Anträge stellen, so beschränken sie selbst den zur Feststellung ihres Begehrens vorhandenen Streitstoff auf den Inhalt der Anträge. Das Schiedsgericht kann dann das übrige Vorbringen wohl noch zur Auslegung dieser Anträge und zur zweckmäßigen Formulierung des Tenors hinzuziehen. Auf Grund des Sachvortrages aber über klare Anträge eindeutig hinauszugehen, ist unmöglich.

3. Hält das Schiedsgericht die ausdrücklichen Anträge der Parteien zur besten und vollständigen Erledigung des Streites nicht für ausreichend, so hat es gem. § 139 ZPO., dessen entsprechende Anwendbarkeit auf das schiedsrichterliche Verfahren außer Zweifel steht, durch Ausübung des Fragerechts auf die Ergänzung und Erweiterung der Anträge hinzuwirken. Folgen die Parteien trotzdem nicht, so ist damit ihr Wille zur Beschränkung des Schiedsspruches eindeutig ausgedrückt. Dem haben die Schiedsrichter sich zu fügen.

Die Gewichtigkeit sämtlicher Gründe ist nicht zu verkennen. Dennoch kann die Gegnerschaft ausgeräumt werden, wenn man die Bedeutung des RG.-Urteils auf das Grundsätzliche beschränkt.

Dann ergäben sich folgende Leitgedanken:

I. Die Schiedsrichter haben das Recht, das Begehren der Parteien aus dem gesamten Parteivorbringen zu entnehmen.

II. Dieses Recht wird nicht dadurch hinfällig, daß die Parteien besondere Anträge stellen.

III. Bei der Feststellung aus dem ganzen vorgetragenen Streitstoff haben die Schiedsrichter davon auszugehen, daß die Parteien eine wirtschaftlich zweckmäßige und praktische Erledigung des Streites verlangen.

Diese Gedanken schließen — als Grundsätze aufgefaßt — folgende Erwägungen nicht aus:

I. Geschieht die Stellung ausdrücklicher Anträge in der Absicht, daß nur in dem durch sie gesteckten Rahmen entschieden werden soll, so sind die Schiedsrichter nicht berechtigt, auf Grund des Streitstoffes über die Anträge hinauszugehen.

II. Läßt das sonstige Verhalten der Parteien die Auslegung zu, daß sie nur einen Teil des gesamten Streites entschieden haben wollen (z. B. sie verbreiten sich ständig über Erfüllungsansprüche, erwähnen angebliche Schadensersatzansprüche nur nebenbei), so haben die Schiedsrichter mangels ausdrücklicher Erklärung der Parteien ihre Aufgabe nicht in wirtschaftlich zweckmäßiger Erledigung des ganzen Streites zu sehen, sondern in — selbstverständlich bester — Entsch. des ihnen nach dem auszulegenden Parteiwillen allein zur Entsch. übertragenen Teils des Streites.

Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, daß die Schiedsrichter in jedem Falle den Willen der Parteien festzustellen haben, nach Möglichkeit durch Ausübung des Fragerechtes, und zwar auch dann — oder sogar gerade dann —, wenn die Parteien Anträge formuliert haben. Nur wenn der Wille der Parteien in der vom RG. angenommenen Richtung liegt, also wenn die Parteien die zweckmäßigste Erledigung des ganzen Streites verlangen, und wenn ihre Anträge keine Beschränkungen enthalten sollen, nur dann ist die vom RG. gezogene Folgerung zulässig, daß die Schiedsrichter an die Anträge der Parteien nicht gebunden sind und darüber hinausgehen dürfen. Dafür, daß das RG. seine Ansicht und in dieser grundsätzlichen — im übrigen aber eingeschränkten — Weise verstanden wissen wollte, sprechen auch seine Ausführungen in dem nicht veröffentlichten Teil der Entsch., in dem es zu den Tatsachen Stellung nimmt. Bei dieser Auffassung erscheint einerseits die Stellungnahme des RG. berechtigt und erscheinen andererseits die Befürchtungen, die die oben angegebenen Gegengründe rechtfertigen könnten, ausgeräumt. Dies zeigen zwei Beispiele:

a) Verlangt der Kl. — wie in dem der Entsch. des RG. zugrunde liegenden Fall — nur die Feststellung des Bestehens von Mängeln, so kann das Schiedsgericht bei Bejahung der Klage auch ohne weiteres Leistungsschiedsspruch erlassen; denn normalerweise hat niemand Interesse an bloßer Feststellung, wenn er Leistungsurteil erhalten kann.

b) Behauptet der Kl., als Schadensersatz 5000 *RM* verlangen zu können, stellt aber einen ausdrücklichen Klageantrag über 1000 *RM*, so kann der Schiedsspruch nicht ohne weiteres über 5000 *RM*, sondern nur über 1000 *RM* lauten. Denn hier liegt die Absicht der Begrenzung zu nahe, zumal mancherlei Gründe sie rechtfertigen können, z. B. Zweifel an der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes, Scheu vor Kostenpflicht wegen Bestreitens der Höhe des Anspruches.

Der allein von praktischen Gesichtspunkten diktierten und mit obigen Einschränkungen rechtlich nicht zu beanstandenden Entsch. des RG. ist daher zuzustimmen.

RA. Dr. Will Thomas, Krefeld.

Reichsgericht: Strafsachen

**7. Verhältnis der §§ 23, 24 KraftfG. zu §§ 2, 14, 36 RStraßVerkO. †)

Der Angekl. hat am 15. Dez. 1934 in D. auf einem öffentlichen Wege ein Motorrad geführt, das nicht von der zuständigen Behörde zum Verkehr zugelassen war; er hat dabei einen Führerschein nicht besessen; das Fahrzeug war nicht versteuert. Der Angekl. ist deshalb wegen Vergehens gegen § 23 Abs. 1 KraftfG. in Tateinheit mit einem Vergehen gegen § 24 Abs. 1 Ziff. 1 a. a. O. und in weiterer Tateinheit mit einem Vergehen gegen §§ 396, 418 RAbgO., §§ 1, 3, 6 KraftFahrStG. v. 16. März 1931 mit 10 *RM* (ersatzweise 1 Tag Gefängnis) bestraft worden.

Die StA. hat Rev. eingelegt, soweit die Verurteilung auf Grund des KraftfG. erfolgt ist. Zur Begründung wird vorgebracht, daß die Strafe nicht den §§ 23, 24 KraftfG., sondern den §§ 2, 14, 36 RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934 zu entnehmen gewesen sei, da die §§ 23, 24 KraftfG. gegenüber dem durch die neue StraßVerkO. geschaffenen einheitlichen und dem Kraftverkehr wohlwollenden Verkehrsrecht keine Geltung mehr hätten.

Die Beschränkung der Rev. auf die Verurteilung aus dem KraftfG. ist nicht zulässig, da eine einheitliche Tat (§ 73 StGB.) in Frage steht. Das Urteil gilt deshalb im ganzen Umfang als angefochten (RGSt. 64, 210, 213/214; 65, 60, 125/132).

Die Rev. ist unbegründet.

I. Die StrK. hat den Angekl. mit Recht aus den §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. und nicht aus dem § 36 RStraßVerkO. verurteilt.

a) Die am 1. Okt. 1934 in Kraft getretene RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934 (RGBl. I, 455) ist vom RVerkM. auf Grund der §§ 6 und 27 KraftfG. v. 3. Mai 1909 (RGBl. 437) mit späteren Änderungen, insbes. durch das Ges. vom 13. Dez. 1933 (RGBl. I, 1058) und auf Grund des Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches v. 30. Jan. 1934 (RGBl. I, 75) erlassen. Daraus ergibt sich, daß die RStraßVerkO. einerseits eine AusfVO. zum KraftfG. darstellt und andererseits zugleich den allgemeinen Straßenverkehr regelt.

Aus dem Umstande, daß die RStraßVerkO. nur eine AusfVorschr. zum KraftfG. darstellt, ergibt sich nicht nur die selbstverständliche Folgerung, daß das KraftfG. neben der RStraßVerkO. fortbesteht, sondern auch die weitere Folgerung, daß der RVerkM. nicht befugt war, durch die RStraßVerkO. oder die AusfAnw. dazu an den Strafbestimmungen der §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. etwas zu ändern. Denn die auf dem KraftfG. beruhende Ermächtigung zum Erlaß von AusfVorschr. kann nicht die Befugnis zur Aufhebung oder Änderung des Ermächtigungsgesetzes selbst in sich schließen. Ob mit dieser Auffassung in Widerspruch steht, daß der 5. StrSen. in dem Urteil 5 D 263/35 v. 16. Mai 1935 (JW. 1935, 2289) angenommen hat, daß der § 21 KraftfG. in der Hauptsache durch § 36 RStraßVerkO. ersetzt sei, kann dahingestellt bleiben, weil das Verhältnis des § 36 zu § 21, da hier nur Übertretungstatbestände in Frage kommen, ein anderes ist als das Verhältnis des § 36 zu den §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG., denen ein Vergehenstatbestand zugrunde liegt.

Bei der Würdigung der Rev. ist hiernach davon auszugehen, daß der RVerkM. zu einer Änderung der §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. nicht befugt gewesen ist. Darüber hinaus ergibt sich aber aus der Gesetzeslage weiterhin, daß er die genannten Bestimmungen auch tatsächlich nicht geändert hat, und zwar weder ausdrücklich noch stillschweigend durch den Erlaß entgegenstehender Vorschriften. Zum Nachweis dessen ist folgendes hervorzuheben:

Der Art. II EinfVO. zur RStraßVerkO., der fast das ganze bisherige Kraftfahrzeugrecht aufhebt, läßt das KraftfG., also auch die §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 dieses Ges., unberührt. Wollte aber der RVerkM. die in diesen Vorschriften mit Strafe bedrohten Verfehlungen dem § 36 RStraßVerkO. unterstellen, so hätte für ihn deshalb ein besonderer Anlaß bestanden, das zu sagen, weil die §§ 23, 24 Geldstrafen bis zu 10000 *RM* oder Gefängnisstrafen bis zu zwei Monaten androhen, während der § 36 RStraßVerkO. nur Geldstrafen bis zu 150 *RM* oder Haft vorsieht.

Die schon hieraus nötige Folgerung, daß der RVerkM. die höheren Strafbestimmungen der §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. belassen wollte, wird dadurch erheblich gestützt, daß für ihn triftige Gründe vorlagen, es bei der bisherigen Regelung zu belassen. Denn wenn es im Vorwort zur RStraßVerkO. heißt: „Die Förderung des Kraftfahrzeugs ist das vom Reichskanzler und Führer gewiesene Ziel, dem auch diese Ordnung dienen soll", so darf dabei nicht übersehen werden, daß die StraßVerkO. nur „den ordnungsmäßigen" Verkehr schützen und fördern will. Das ist u. a. in der Bekanntmachung des bay. Staatsministers der Justiz Dr. Frank v. 25. Okt. 1934 (BayJMBl. 1934, 201; JW. 1935, 1449) zum Ausdruck gekommen. Wer aber ein Kraftfahrzeug führt, ohne daß es zugelassen ist und ohne daß er einen Führerschein besitzt, der nimmt nicht am ordnungsmäßigen Verkehr teil und verdient nicht den Schutz und die Förderung, welche die RStraßVerkO. dem Verkehr zuteil werden läßt. Die Gründe, die den Gesetzgeber des KraftfG. veranlaßten, in den §§ 23, 24 einen aus dem allgemeinen Übertretungstatbestand des § 21 KraftfG. herausfallenden Vergehenstatbestand zu schaffen, hatten ebenso für den dem modernen Straßenverkehr wohlwollend gegenüberstehenden Urheber der StraßVerkO. Bedeutung.

Es ist deshalb auch nicht aus dem Wortlaut des § 36 StraßVerkO. zu folgern, daß die §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. stillschweigend aufgehoben worden seien. Wenn § 36 sagt: „Wer Vorschriften dieser Ordnung oder zu ihrer Ausführung erlassenen Anweisungen des RVerkM. zuwiderhandelt, wird mit Geldstrafe bis zu 150 *RM* oder mit Haft bestraft", so kann daraus nicht gefolgert werden, daß die Tatbestände der §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. nur nach § 36 StraßVerkO. geahndet werden sollen. Denn es muß hier der Abs. 2 des Vorwortes der AusfAnw. zur

RStraßVerkO. beachtet werden, der besagt, „daß die RStraßVerkO. auf den gesamten Straßenverkehr anzuwenden ist, soweit nicht für einzelne Verkehrsarten, insbes. für stellenweise über Straßen geführten Eisenbahnverkehr, Sonderrecht gilt". Die §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. sind als solches, neben der RStraßVerkO. für den Kraftfahrzeugverkehr bestehendes Sonderrecht anzusehen. Wenn auch das Verfahren über die Zulassung der Kraftfahrzeuge und über den Führerschein nun in der RStraßVerkO. (§§ 2 ff., 5 ff., 14 ff.) geregelt ist, so stellt die RStraßVerkO. doch nur eine AusfVO. zum KraftfG. dar; der Verstoß gegen die §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 ist kein Verstoß gegen die RStraßVerkO., sondern ein Verstoß gegen das Sonderrecht des KraftfG. Dagegen wäre das bloße Nichtmitsichführen des Führerscheins oder des Kraftfahrzeugscheins nach §§ 4 Abs. 2, 16 Abs. 2, 36 RStraßVerkO. zu bestrafen, da insoweit der Tatbestand der §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. nicht erfüllt ist.

Auch Art. III Abs. 1 EinfVO. zur RStraßVerkO. steht dieser Auslegung nicht entgegen. Denn wenn er sagt, daß die RStraßVerkO. die „ausschließliche Regelung des Straßenverkehrs" enthält, so darf das nicht dahin ausgelegt werden, daß dadurch die Anwendung des KraftfG. ausgeschlossen werden sollte. Wie sich aus Art. III ergibt, hat das Wort „ausschließlich" nur Bedeutung für die Frage, inwieweit neben der RStraßVerkO. noch Landesrecht zulässig ist, nicht aber für die Frage, inwieweit neben der RStraßVerkO. noch Reichsrecht, z. B. das KraftfG., gilt.

b) Zu dem gleichen Ergebnis wie die Betrachtung der RStraßVerkO. führt die Betrachtung der AusfAnw. zur RStraßVerkO.

Auch sie ist auf Grund der §§ 6 und 27 KraftfG. erlassen. Auch sie hebt die §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. nicht auf, obwohl sie in der Anweisung zum § 36 RStraßVerkO. bestimmt, daß Verstöße gegen die RStraßVerkO. auf Grund ihres § 36, nicht aber auf Grund des § 366 Nr. 10 StGB. zu bestrafen sind. Wenn § 366 Nr. 10 StGB. ausgeschaltet werden sollte und ausdrücklich ausgeschaltet wurde, so lag es nahe, das auch hinsichtlich der §§ 23, 24 KraftfG. zu tun, wenn der Wille des RVerkM. dahin ging.

c) Sind die §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. nicht aufgehoben, so konnten und können sie auch nicht durch den § 2 Abs. 2 StGB. a. F. und den § 2a Abs. 2 StGB. n. F. ausgeschaltet werden, da beide Gesetzesbestimmungen zur Voraussetzung haben, daß das frühere Gesetz nicht mehr gilt.

II. Mit der hier vertretenen Auffassung stimmen der Oberreichsanwalt und folgende Schriftsteller überein: Müller, Straßenverkehrsrecht, 10. Aufl., S. 117, Anm. D zu § 2 KraftfG.; S. 417, Anm. C zu § 23 KraftfG.; S. 432, Anm. C zu § 24 KraftfG. — Floegel, Straßenverkehrsrecht, 3. Aufl., S. 15, Anm. 23 zu § 2 RStraßVerkO.; S. 23, Anm. 7 zu § 4 RStraßVerkO.; S. 182/183, Anm. 1—4, 6 zu § 36 RStraßVerkO.; S. 239, Anm. 12 zu § 21 KraftfG.; S. 246—248, Anm. 2, 11, 13 zu § 23 KraftfG.; S. 248, 250, Anm. 2, 24 zu § 24 KraftfG. — Volkmann, RStraßVerkO., Anm. 3 zu § 36. — Vgl. auch Deutsches Autorecht Nr. 3 v. 15. März 1935 S. 22.

(2. Sen. v. 5. Sept. 1935 u. 10. Okt. 1935; 2 D 370/35.)

Anmerkung: Dem Urteil ist zuzustimmen. Es behandelt in grundlegender Weise die Frage des Verhältnisses der RStraßVerkO. zum KraftfG.

Die RStraßVerkO. regelt von Reichs wegen den gesamten Straßenverkehr. Das KraftfG. beschränkt sich auf den Kraftverkehr der Straße und insoweit auch noch ferner auf einige Grundregeln. Gesetzestechnisch bildet das sachlich beschränkte KraftfG. die Rechtsgrundlage für die Regelung des gesamten Straßenverkehrs in der RStraßVerkO.; denn § 6 KraftfG. ermächtigt den RVerkM., im Verordnungswege den „allgemeinen Straßenverkehr" zu regeln.

Nach dem Umbruch 1933 war die ursprüngliche Absicht, in einem (selbständigen) Gesetz den Straßenverkehr zu regeln und dabei auch, im gleichen Gesetz, das Wegerecht von Reichs wegen zu ordnen; Wegerecht und Verkehrsausübung gehören innerlich zusammen und sind schwer zu trennen: enthielt doch z. B. § 29 der früheren KraftfVerkVO. („Der Verkehr mit Kraftfahrzeugen ist auf die hierfür bestimmten Fahrwege beschränkt") eine unzweifelhaft dem Wegerecht angehörige Bestimmung. Jener Plan ist aus äußeren Gründen fallen gelassen worden. Und so blieb nichts übrig, als statt jenes Grundgesetzes eine sich rechtlich als AusfVO. zum KraftfG. darstellende VO. zu erlassen und sich mit der neuen Regelung in ihr auf den Verkehr zu beschränken. Dabei war allerdings ein Übergreifen ins Wegerecht nicht ganz zu vermeiden; die AusfAnw. zu § 25 RStraßVerkO. bestimmt unter Ziff. I „Verteilung des Verkehrs auf der Straße": „Ist eine Straße für einzelne Arten des Verkehrs erkennbar bestimmt (Fußweg, Radfahrweg, Reitweg), so ist dieser Verkehr auf den ihm zugewiesenen Straßenteil beschränkt, der übrige Verkehr hiervon ausgeschlossen." Wäre der Plan eines einheitlichen Verkehrs- und Wegegesetzes durchführbar gewesen, so hätte mit seinem Inkrafttreten das KraftfG. mit Ausnahme seiner Haftpflichtbestimmungen aufgehoben werden können. Nun aber ist der Rechtszustand der, daß gewisse Vorschriften, nämlich über die Notwendigkeit der Zulassung von Kraftfahrzeugen und der Fahrerlaubnis ihrer Führer, die schon im KraftfG. enthalten sind, in der als Zusammenfassung des Straßenverkehrsrechts sich darstellenden RStraßVerkO. wiederkehren: § 1 KraftfG. fordert Zulassung der Kraftfahrzeuge; das Führen unzugelassener Kraftfahrzeuge bedroht § 23 KraftfG. mit Vergehensstrafe; § 2 fordert Fahrerlaubnis für Kraftfahrzeugführer; § 24 bedroht Zuwiderhandlung mit Vergehensstrafe. — § 2 und §§ 14 ff. RStraßVerkO. fordern Fahrerlaubnis der Führer und Zulassung der Kraftfahrzeuge; § 36 RStraßVerkO. bedroht Zuwiderhandlung gegen die (alle) Bestimmungen der RStraßVerkO. mit Übertretungsstrafe. Das Urteil behandelt nun die Frage, ob die Strafbestimmungen (Vergehen) des KraftfG. oder die der RStraßVerkO. (Übertretung) anzuwenden sind, wenn ein unzugelassenes Kraftfahrzeug ohne die erforderliche Fahrerlaubnis gefahren worden ist. Das RG. hat entschieden, es sei das KraftfG. anzuwenden, und zwar aus folgenden Erwägungen:

a) Die RStraßVerkO. sei AusfVO. zum KraftfG. und könne als solche nicht das Gesetz ändern, insbes. nicht aufheben. Ob diese Auffassung zutrifft, kann zweifelhaft sein. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 KraftfG. erläßt der RVerkM. „die sonstigen zur Erhaltung der Ordnung und Sicherheit auf den öffentlichen Wegen oder Plätzen erforderlichen Anordnungen über den allgemeinen Straßenverkehr"; darin liegt unzweifelhaft eine uneingeschränkte Befugnis zur Regelung des gesamten Straßenverkehrs ohne Rücksicht auf die damals gegebene Rechtslage auf diesem Rechtsgebiet. Man könnte also sehr wohl die Meinung vertreten, jene Regelung könnte auch Abweichungen von den Vorschriften des KraftfG. bringen. Anders wäre es, wenn die Ermächtigung dahin lautete, es sollten erlassen werden „die zur Ausführung des KraftfG. erforderlichen Vorschriften über den allgemeinen Straßenverkehr". In solchem Falle wäre allerdings wohl durch die Einschränkung „zur Ausführung des KraftfG." ausgeschlossen gewesen, daß die Vorschriften des KraftfG. hätten geändert werden können; zwar nicht allein schon deshalb, wie das RG. anzunehmen scheint, weil die Ermächtigung zum Erlaß von Ausführungsvorschriften nicht die Ermächtigung zur Änderung des ErmächtG. in sich schließen könne, sondern deshalb, weil der entscheidende Inhalt der Ermächtigung den Rahmen des ErmächtG. aufrechterhält. Die Fassung ist aber gerade nicht so eingeschränkt, sondern weiter gewählt worden.

Aber die Frage, welchen Inhalt die Ermächtigung zur Regelung des Straßenverkehrs hatte, also ob sie auch zu Änderungen des KraftfG. ermächtigte, kann auf sich beruhen; denn unzweifelhaft hat das RG. recht, wenn es ausführt, daß der RVerkM. das KraftfG. nicht geändert hat; übrigens ist eine solche Absicht auch gar nicht erwogen worden.

Die Aufzählung der durch die RStraßVerkO. beseitigten Vorschriften in Art. II EinfVO. erwähnt überhaupt keine Bestimmung des KraftfG., also insbes. auch nicht die den Zulassungszwang für Kraftfahrzeuge und den Fahrerlaubniszwang für Kraftfahrzeugführer betreffenden Vorschriften. Blieben insbes. die Strafbestimmungen der §§ 23 und 24 KraftfG. unerwähnt, so ergab sich daraus nach der Gesetzgebungstechnik, daß sie auch unberührt bleiben sollten. Es lag auch kein sachlicher Grund vor, die bisherigen Vergehenstatbestände in Übertretungen zu ändern; um so weniger, als Verstöße der hier in Rede stehenden Art angesichts der fortschreitenden Motorisierung des Verkehrs sich in wachsendem Maße gefährdend auswirken können.

Der Folgerung, die das RG. aus dem Wortlaut des § 36 RStraßVerkO. zieht, ist zuzustimmen; nicht recht zu erkennen ist aber, warum das RG., um zur Anwendbarkeit der §§ 23 und 24 KraftfG. zu gelangen, den Weg über Abs. 2 des Vorworts der AusfAnw. zur RStraßVerkO. (betr. „Sonderrecht für einzelne Verkehrsarten") geht. Es hätte vielleicht näher gelegen, die Straftaten als Verletzungen der §§ 23 u. 24 KraftfG. und zugleich der §§ 2, 14, 36 RStraßVerkO. anzusehen und dann das KraftfG. als dasjenige Gesetz anzuwenden, das die schwerste Strafe androht. — Über die Fortgeltung der §§ 23, 24 KraftfG. ist zu dem vom RG. unter II des Urteils angezogenen Schrifttum noch hinzuzufügen Gülde, RStraßVerkO., Anm. 1 zu § 36.

Die Auffassung des RG. über die Bedeutung des Art. III Abs. 1 der EinfAnw. zur RStraßVerkO. — Landesrecht ausschließende

reichsrechtliche Regelung des Straßenverkehrs — entspricht der Absicht des Gesetzgebers.

Zu b und c ist nichts zu bemerken.

MinR. Geh. RegR. Dr. Müller, Berlin.

*

8. § 246 StGB. Fahrpreisunterschlagung durch einen Straßenbahnschaffner, der dem Fahrgast einen bereits verfallenen Fahrschein aushändigt und den empfangenen Betrag zu den amtlichen Geldern legt, in der Absicht, den Betrag für sich zu behalten.†)

Der Angekl. hat schon gegen das Ende der Fahrt nach B. geflissentlich die Voraussetzungen für das Vorgehen geschaffen, in dem nunmehr das LG. ein Verbrechen der Amtsunterschlagung gefunden hat: er hatte danach einen Fahrschein bereit gehalten, der bereits abgefahren worden und damit verfallen war, und er hat diesen Fahrschein bei der Fahrt von B. stadteinwärts dem Fahrgast Frau M. gegen Bezahlung des Bargeldbetrags von 20 Pfennig ausgehändigt. Die so empfangenen 20 Pfennig aber hat er — wie das LG. annimmt — sich zugeeignet; den Willen der rechtswidrigen Zueignung habe er, sagt das Urteil, dadurch betätigt, daß er der Frau M. den ungültigen Fahrschein aushändigte. Das angefochtene Urteil hat hierzu ausgeführt, Frau M. sei durch die Zahlung des Fahrgelds zur Fahrt berechtigt worden, obwohl ihr der Angekl., ohne daß sie es wußte, einen ungültigen Fahrschein aushändigte. Zutreffend ist die weitere Ausführung, daß die 20 Pfennig durch den dargelegten Hergang Eigentum der Stadt Mü. geworden sind, trotz des geheimen Vorbehalts des Angekl., den Betrag nicht an die Straßenbahnverwaltung abzuliefern, sondern für sich zu behalten (§ 116 BGB.).

Aber die im Urteil gegebene Begründung dafür, daß darin der Tatbestand der Unterschlagung (und folglich der Amtsunterschlagung) liege, ist unvollständig und bedarf der rechtlichen Ergänzung. Gegenstand der Unterschlagung kann nur eine bestimmte körperliche Sache sein. Hätte Frau M. den Fahrpreis in abgezählten Münzen gezahlt und der Angekl. den so erlangten Betrag, der durch die Annahme Eigentum der Stadt geworden war, unmittelbar in die eigene Tasche gesteckt, so läge eine Unterschlagung allerdings klar zutage. Daß dem so gewesen wäre, ist aber dem Urteil nicht zu entnehmen, ist auch unwahrscheinlich, da ein solches Verhalten den Angekl. in die Gefahr gebracht hätte, daß es der M. oder einem andern Fahrgast auffiele. Es muß also mindestens mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Angekl. den erhaltenen Betrag in seine zur Verwahrung der Einnahmen bestimmte amtliche Geldtasche gelegt hat, also zu dem Geld, das der Stadt gehörte, und damit so, daß eine Ausscheidung gerade jenes einzelnen Betrags aus dem Gesamtbetrag der Fahrpreiseinnahmen nicht mehr möglich war und der Angekl. gar nicht gerade jene Geldstücke für sich behalten konnte, bezüglich deren er ungetreu verfahren wollte. Für diesen zweiten, wahrscheinlicheren Fall des Hergangs besteht also die Frage, ob gleichwohl die Annahme einer Unterschlagung gerade an den von Frau M. eingenommenen bestimmten Geldstücken rechtlich begründet sein kann; und zwar besteht hier nochmals eine doppelte Möglichkeit: daß nämlich Frau M. den Fahrpreis in abgezählten Münzen gezahlt, oder daß sie ein größeres Geldstück hingegeben und der Angekl. darauf herausgegeben hat.

Die für eine Sachlage dieser Art aufzuwerfende Frage ist nun in der Tat zu bejahen. Aus dem Vorgehen des Angekl. — Annahme des Fahrpreises gegen Aushändigung eines ungültigen Fahrscheins, nachdem das ungetreue Verhalten durch das vorhergegangene Tun vorbereitet war — war für einen gedachten Zuschauer, der die Sachlage vollständig überblickte, der Wille des Angekl. erkennbar, sich den eingenommenen Betrag zuzueignen. Es kann kein Zweifel daran sein, daß der Angekl. als Schaffner nur dann getreu handelte, wenn er mit dem eingenommenen Fahrpreisbetrag in einer Weise verfuhr, daß sich aus der Sachlage die Höhe der Fahrpreiseinnahmen und das Eigentum der Stadt an dem Gelde klar und zweifelsfrei ergab. Eine solche Sachlage war nicht schon dadurch geschaffen, daß er den eingenommenen Betrag zu dem Inhalt der amtlichen Geldtasche legte, und ihn also mit diesem vermengte, sondern sie bestand nur im Zusammenhalt mit einer ehrlichen und wahrheitsgemäßen Handhabung der als Beleg dienenden urkundlichen Ausweise. Selbst wenn der Straßenbahnschaffner durch seine dienstlichen Vorschriften verpflichtet sein sollte, bei der Ablieferung der Fahrpreiseinnahmen den gesamten Inhalt der amtlichen Geldtasche, also einschließlich etwaiger Überschüsse, abzuliefern, wenn es ihm also verboten sein sollte, vorher der Tasche Geldbeträge zu entnehmen und für sich zu behalten, so hatte der Angekl. doch auf Grund des Umstandes, daß er der Frau M. einen ungültigen Fahrschein gegeben hatte, und auf Grund der Maßnahmen, die er zur Vorbereitung seines Vorgehens getroffen hatte, die tatsächliche Möglichkeit, aus der Tasche 20 Pfennig in einer Weise zu entnehmen und zu sich zu stecken, daß der Fehlbetrag bei einer dann vorzunehmenden Ablieferung der Fahrpreiseinnahmen oder bei einer etwaigen Überprüfung des Kassenbestandes nicht in die Erscheinung treten konnte. Legte also der Angekl. unter solchen geflissentlich herbeigeführten die Sach- und Rechtslage verwirrenden Umständen und mit dem Willen, unter Ausnutzung der verwirrten Lage, nachher dem Inhalt der Kasse einen gleichen Betrag wieder zu entnehmen, das von Frau M. empfangene Geld zu dem amtlich eingenommenen Gelde, so erfüllte sein Tun nicht bloß den Tatbestand der Untreue, sondern er maßte sich über den Geldbetrag unmittelbar nach dessen Einnahme rechtswidrig eine ihm nicht zukommende Herrenstellung an, eignete sich ihn also an. Diese Zueignung ist nicht dadurch aufgehoben worden, daß er den Betrag in die amtliche Geldtasche zu den amtlichen Geldern legte.

Gegenstand der damit begründeten Unterschlagung waren entweder, wenn Frau M. den Fahrpreis in abgezählten Münzen entrichtet hatte, diese Münzen, oder es war das größere Geldstück, wenn etwa Frau M. mit einem solchen gegen Herausgabe des überschießenden Betrags den Fahrpreis entrichtet haben sollte.

Hiernach besteht im Ergebnis gegen die Verurteilung kein rechtliches Bedenken.

(1. Sen. v. 30. Juli 1935; 1 D 402/35.)

Anmerkung: Die obenstehende Entsch. beschäftigt sich mit einem alltäglichen, in tatsächlicher Beziehung sehr einfachen Sachverhalt. Aber gerade derartige Fälle liegen in ihrer rechtlichen Würdigung nach dem noch geltenden deutschen Strafrecht bekanntlich sehr häufig besonders schwierig.

A. Für die strafrechtliche Würdigung nach dem geltenden deutschen Strafrecht kamen folgende historische Ereignisse in Betracht:

1. Der Täter nimmt den bereits „abgefahrenen" Fahrschein auf.
2. Er bietet ihn gegen Bezahlung der Frau M. an, und zwar in der Absicht, das Geld, das Frau M. zahlen werde, für sich zu behalten.
3. Er nimmt das Fahrgeld entgegen und behält es für sich.

B. In der Aufnahme des abgefahrenen Fahrscheins mit der Absicht, ihn gegen Zahlung von 0,20 *RM* erneut zu verkaufen, könnte ein Vergehen gegen § 246 StGB. liegen.

I. 1. Zwar ist der abgefahrene Fahrschein trotz seines außerordentlich geringen Wertes „Sache" i. S. von § 246 StGB. (Frank, Bem. I zu § 242; LpzKomm. Bem. II 1 vor § 242; RGSt. 3, 349; 40, 13).

2. Der Fahrschein ist auch „beweglich" i. S. von § 246 StGB.

3. Er ist jedoch nicht fremd im Sinne dieser Bestimmung.

a) Fremd ist eine Sache, die im Eigentum eines anderen als des Täters steht.

b) Im vorl. Falle steht der abgefahrene Fahrschein in niemandes Eigentum; er ist herrenlos. In dem Wegwerfen des abgefahrenen Fahrscheins liegt eine Eigentumsaufgabe i. S. von § 959 BGB. (vgl. über diese Fragen RGSt. 42, 43; LpzKomm. II 3 b vor § 242 StGB.).

II. Versuchte Unterschlagung könnte dann gegeben sein, wenn der Täter sich vorstellte, daß der Fahrschein möglicherweise noch in fremdem Eigentum stände, ihn aber gleichwohl erneut „verkaufen" wollte (vgl. hierüber RGSt. 39, 427 und LpzKomm. Anm. 4 zu § 246). An dieser Vorstellung dürfte es jedoch aus tatsächlichen Gründen fehlen.

C. In dem zweiten historischen Ereignis könnte ein Vergehen gegen § 263 StGB. und § 266 StGB. liegen.

I. Soweit Betrug in Frage kommt, hat sich das RG. mit einem ähnlich liegenden Fall in RGSt. 64, 394 ff. beschäftigt. Es hat jedoch

auch in dieser Entsch. die bürgerlich-rechtlichen Vorfragen des Betruges nicht eingehend genug erörtert.

1. Der Straßenbahnschaffner ist Stellvertreter der Straßenbahngesellschaft oder der Stadtgemeinde bei Abschluß eines auf Beförderung gerichteten Werkvertrages. Die Frage, wann dieser Vertrag zustande kommt, nämlich ob schon mit dem Betreten des Straßenbahnwagens durch den Fahrgast oder erst nach der Verhandlung zwischen dem Schaffner und dem Fahrgast, kann hier dahingestellt bleiben. Es handelt sich jedenfalls nicht um einen Kaufvertrag über den Fahrschein. Der Fahrschein kann vielmehr entweder die Bedeutung einer Quittung oder eines Legitimationspapiers i. S. von § 807 BGB. haben. Ob das eine oder das andere vorliegt, bestimmt sich letzten Endes nach den Umständen jedes einzelnen Falles. Es kommt hier vor allem auf die Bedingungen jeder Straßenbahngesellschaft und jedes städtischen Straßenbahnunternehmens an. Nach meinen Erfahrungen haben die Fahrscheine bei den meisten Unternehmungen lediglich die Bedeutung einer Quittung, weil den Umständen nach nicht angenommen werden kann, daß die Straßenbahn jedem Inhaber des Fahrscheins zur Leistung verpflichtet sein will und weil vor allen Dingen regelmäßig die Übertragung des Fahrscheins ausgeschlossen ist.

2. a) Für den Fall, daß der Straßenbahnfahrschein die Bedeutung einer Quittung hat, gestaltet sich die strafrechtliche Würdigung folgendermaßen:

Indem der Straßenbahnschaffner der Frau M. den „abgefahrenen" Fahrschein übergibt, erklärt er stillschweigend, daß es sich um einen echten Fahrschein handele. Dies entspricht nicht der Wahrheit, er spiegelt also eine „falsche Tatsache" vor.

b) In vielen Fällen wird sich der Fahrgast überhaupt gar keine Vorstellung über die Echtheit des Fahrscheins machen. Dann läge nach der — m. E. unrichtigen — Rspr. des RG. kein vollendeter Betrug vor, weil es an einem Irrtum i. S. des § 263 StGB., d. h. einer positiv unrichtigen Vorstellung, fehle. Es soll daher im folgenden für die Beurteilung des Falles vom Standpunkt der Rspr. des RG. aus unterstellt werden, daß Frau M. sich die positiv unrichtige Vorstellung gemacht hat, der Schein, den ihr der Schaffner übergab, sei echt. In diesem Falle wäre in der Frau M. zweifellos ein Irrtum i. S. des § 263 StGB. durch die Täuschungshandlung des Schaffners erregt worden.

c) Es ist sehr zweifelhaft, in wessen Person bei der gegebenen Sachlage ein Vermögensschade entstanden ist. Die Entscheidung gerade dieser Frage hängt sehr eng mit der bürgerlich-rechtlichen Würdigung des Falles zusammen. Die Straßenbahngesellschaft oder die Städtische Anstalt hatte mit Abschluß des Beförderungsvertrages gem. § 631 BGB. einen Anspruch auf Bezahlung der „vereinbarten Vergütung" erworben. Dieser Anspruch erlosch gem. § 362 BGB., wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wurde. Dazu bedurfte es zunächst der Herbeiführung des Leistungserfolges und — nach richtiger herrschender Lehre — auch des Abschlusses eines Erfüllungsgeschäfts. Der Leistungserfolg war grundsätzlich eingetreten, wenn die Stadtgemeinde das Eigentum an dem Fahrgelde erlangte.

Dies konnte nach § 929 Abs. 1 i. Verb. m. § 854 Abs. 1 BGB. geschehen. Es ist zweifelhaft, ob die Straßenbahngesellschaft in jedem möglichen Falle schon das Eigentum an dem Gelde erworben hatte, aber es kommt letzten Endes in diesem Zusammenhang noch nicht darauf an. Das neben der Übereignung erforderliche Erfüllungsgeschäft konnte wiederum der Straßenbahnschaffner als Vertreter der Gesellschaft mit dem Fahrgast abschließen. Wenn dann der Erfüllungserfolg eingetreten sein sollte, dann wäre es jedenfalls grundsätzlich Aufgabe des Fahrgastes gewesen, die Behauptung der Erfüllung in einem etwaigen Rechtsstreit zu beweisen. Zur Erbringung dieses Beweises wäre nicht nur der Fahrschein als Quittung geeignet, sondern an sich wäre es auch denkbar, daß der Fahrgast den Beweis der Zahlung durch das Zeugnis etwa eines Mitfahrgastes erbrächte. Jedoch würde das Gericht einen solchen Beweis unter Berücksichtigung der Tatsache, daß regelmäßig der Fahrgast einen echten Fahrschein ausgestellt bekommt, nur sehr vorsichtig würdigen.

Andererseits hätte das Gericht gerade diesen Umstand wiederum auch in entgegengesetztem Sinne zu berücksichtigen. Es müßte nämlich davon ausgehen, daß die Fahrscheine, die den Fahrgästen ausgehändigt werden, nach den Erfahrungen des Lebens regelmäßig echt sind. Es wäre also Aufgabe der Straßenbahngesellschaft, darzutun und gegebenenfalls im einzelnen Falle zu beweisen, daß der in den Händen des Fahrgastes befindliche Schein unecht sei. Dieser Beweis mag bald schwerer, bald leichter zu führen sein. In jedem Falle bedeutet die Notwendigkeit, einen Prozeß auf Zahlung des Kaufpreises führen oder sich auf einen solchen Prozeß einlassen zu müssen, für beide Parteien die Übernahme eines nicht unerheblichen Risikos. Der Umstand, daß in einem Rechtsstreit nur um Pfennigbeträge gestritten werden würde, wäre in diesem Zusammenhang natürlich unerheblich. Die Notwendigkeit, ein derartiges Risiko übernehmen zu müssen, bedeutet aber sowohl für den Fahrgast als auch für die Gesellschaft unter allen Umständen schon eine unmittelbare Gefährdung sowohl des Vermögens der Gesellschaft als auch des Vermögens des Fahrgastes. Diese Gefährdung ist einem sonstigen Vermögensschaden i. S. von § 263 StGB. gleichzustellen.

Das RG. hat auch im Ergebnis in RGSt. 64, 394 ff. anerkannt, daß in Fällen dieser Art ein Vermögensschaden sowohl in der Person der Gesellschaft als auch in der Person des Fahrgastes eingetreten sei.

d) Die Mitwirkung der irrenden Frau M. zur Entstehung einer so zweifelhaften Sach- und Rechtslage ist eine Bedingung dieses Erfolges, die nicht hinweggedacht werden könnte, ohne daß er entfiele. Sie ist also für die Entstehung dieses Erfolges ursächlich; Frau M. hat also eine „Vermögensverfügung" vorgenommen, wie sie im Wege der Auslegung als weitere Voraussetzung des äußeren Tatbestandes des § 263 festgestellt worden ist.

3. Der gesamte innere Tatbestand des Betruges ist gegeben.

II. Das Verhalten des Straßenbahnschaffners erfüllt — soweit das zweite historische Ereignis in Frage steht — m. E. auch die Tatbestände des § 266 Ziff. 2 a. F. oder des § 266 n. F.

1. Der Straßenbahnschaffner ist Bevollmächtigter der Straßenbahngesellschaft i. S. des § 266 Ziff. 2 a. F. Die Forderung gegen den Fahrgast ist ein Gegenstand der Straßenbahngesellschaft. Diese ist „Auftraggeber" i. S. von § 266 Ziff. 2. Die Verfügung im Sinne dieser Bestimmung liegt darin, daß der Schaffner durch sein Verhalten bei der Einkassierung der Forderung die Gesellschaft in die Gefahr bringt, nicht endgültig in den Genuß des ihr zustehenden Geldes zu gelangen, indem er die oben geschilderte zweifelhafte Sach- und Rechtslage hinsichtlich dieser Forderung hervorruft. Der Schaffner tut dies auch unter Mißbrauch der ihm eingeräumten Machtstellung. Auch der innere Tatbestand des § 266 Ziff. 2 und zugleich auch der erschwerende Tatbestand des § 266 Abs. 2 a. F. dürften gegeben sein.

2. Der § 266 i. d. Fass. des Ges. v. 26. Mai 1933 stellt nebeneinander unter Strafe

a) den Mißbrauch einer auf Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft beruhenden Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, und

b) die Verletzung einer auf Gesetz, behördlichem Auftrag, Rechtsgeschäft oder einem Treueverhältnis beruhenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

In beiden Fällen muß noch hinzukommen, daß hierdurch demjenigen, dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat, ein Nachteil zugefügt wird.

a) Das RG. hat bekanntlich in seiner Rspr. zu § 266 Ziff. 2 StGB. den Begriff der „Verfügung" über eine Forderung für den Fall, daß der Täter lediglich eine Quittung zu überbringen hatte, verneint (RGSt. 42, 211). Es hat in RGSt. 69, 59 = JW. 1935, 941[26] ausgesprochen, daß dies auch für den Anwendungsbereich des § 266 StGB. i. d. Fass. des Ges. v. 26. Mai 1933 zu gelten habe. Ob dies wirklich dem Sinne auch des neuen Gesetzes entspricht, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden. Jedenfalls ist m. E. der Straßenbahnschaffner nicht lediglich mit dem Überbringer einer Quittung gleichzustellen, und seine Mitwirkung bei dem Rechtsgeschäft der Erfüllung der Verpflichtung aus § 631 BGB. in jedem Falle als „Verfügung" über eine Forderung und die ihm eingeräumte Rechtsstellung als „Befugnis" über eine solche Forderung zu verfügen, anzusehen.

Auch der innere Tatbestand des § 266 in seiner neuen Fassung wäre gegeben.

b) Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob zugleich auch der weitere Tatbestand der Verletzung der auf einem Treueverhältnis beruhenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, erfüllt ist. Das RG. würde diese Frage wahrscheinlich verneinen (vgl. RGSt. 69, 61 ff. = JW. 1935, 941[26]).

D. I. Bei der Entgegennahme des Fahrgeldes kamen — wie das RG. zutreffend feststellt — vier tatsächliche Möglichkeiten in Betracht:

1. der Täter steckt das Geld unmittelbar in die eigene Tasche, nachdem a) die M. in abgezählten Geldstücken gezahlt hat, oder b), nachdem sie mit einem größeren Geldstück oder Geldschein gezahlt hat und der Täter hierauf herausgegeben hat,
2. der Täter legt das Geld mit dem Willen, es später zu behalten, zunächst in die „amtliche Geldtasche",
   a) nachdem die M. mit abgezählten Geldstücken gezahlt hat,
   b) nachdem sie mit einem größeren Geldstück oder Geldschein gezahlt hat und der Täter ihr hierauf herausgegeben hat.

II. Für die rechtliche Würdigung dieser Handlung kommen Vergehen gegen die §§ 246, 263 und 266 StGB. in Betracht.

1. Fall D I 1 a.

a) Es fragt sich zunächst, ob ein Vergehen gegen § 246 StGB. vorliegt.

α) Die Geldstücke sind „bewegliche Sachen".

β) Sie sind fremd, wenn sie sich im Eigentum eines anderen als des Täters befinden. Es würde an sich gleichgültig sein, ob sie sich

im Eigentum der Frau M. oder der Straßenbahngesellschaft befinden. Immerhin ist die Möglichkeit nicht völlig von der Hand zu weisen, daß sie in das Eigentum des Täters übergegangen sind. Es muß daher kurz auf die sachenrechtliche Rechtslage eingegangen werden.

aa) Das Eigentum am Gelde konnte von der Frau M. auf die Straßenbahngesellschaft auf Grund der §§ 929 Abs. 1, 854 Abs. 1, 164 BGB. übergehen. Der Täter hätte zunächst bei der erforderlichen Einigung als offener Stellvertreter, d. h. im Namen der Straßenbahngesellschaft tätig werden müssen. Hierbei kommt es nach § 164 Abs. 1 BGB. darauf an, ob mindestens die Umstände ergaben, daß er im Namen der Gesellschaft tätig werden wollte (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB.); dagegen wäre es ohne Bedeutung, wenn der Täter sich lediglich insgeheim vorbehalten hätte, nur im eigenen Namen tätig zu werden (§ 116 BGB.).

Es kann jedoch m. E. nicht festgestellt werden, daß die Umstände stets bei dieser Sachlage ergeben, daß der Täter im Namen der Straßenbahngesellschaft tätig werde. M. E. müßte in diesem Zusammenhang wenigstens auch als Indiz der Umstand gewürdigt werden, daß der Täter etwa das Geld so offensichtlich in eine „Privattasche" steckte, daß dies auch dem durchschnittlichen Beobachter erkennbar werden konnte. Ich halte es also durchaus für möglich, daß die Umstände nicht ergaben, daß der Schaffner im Namen der Gesellschaft tätig werden wollte. Dann würde die zur Einigung erforderliche Willenserklärung des Schaffners nach § 164 Abs. 2 BGB. als im eigenen Namen abgegeben angesehen werden müssen. Für diesen Fall hätte die Straßenbahngesellschaft das Eigentum am Gelde nur unter der Voraussetzung eines antizipierenden Konstituts bzw. einer Einigung durch Insichgeschäft gem. § 181 BGB. (vgl. hierüber vor allem RGZ. 99, 208) erwerben können. Die Voraussetzungen eines solchen Erwerbs durch „verdeckte Stellvertretung" wären aber jedenfalls deswegen nicht gegeben, weil der Schaffner bei Erlangung des Besitzes an dem Gelde Eigenbesitzerwerbswillen betätigt hätte und damit nach § 872 BGB. Eigenbesitzer geworden wäre. Mit einem solchen Eigenbesitz wäre aber der zur Annahme eines Erwerbs des Eigentums durch die Straßenbahngesellschaft im Wege eines vorweggenommenen oder durch Insichgeschäft nachfolgenden Konstituts vorausgesetzten Besitzmittelungsverhältnisses nicht in Einklang zu bringen. An den Voraussetzungen einer solchen nachfolgenden Übereignung durch Insichgeschäft würde es im übrigen auch aus tatsächlichen Gründen fehlen.

Diese hier vorausgesetzte tatsächliche Gestaltung des Falles ist jedoch sehr unwahrscheinlich. Wahrscheinlicher ist es vielmehr, daß mindestens die Umstände ergaben, daß der Schaffner im Namen der Gesellschaft tätig zu werden erklärte. Zu diesen „Umständen" würde m. E. auch zu rechnen sein der Ort, an dem das Geld entgegengenommen wurde, und die Tatsache, daß der Schaffner das Geld in der Uniform der Gesellschaft entgegennahm. Wenn er im Ergebnis bei der Entgegennahme der Übereignungserklärung als offener Vertreter der Gesellschaft tätig wurde, wäre es noch weiter erforderlich gewesen, daß er der Gesellschaft auch unmittelbaren Besitz verschaffte.

Die Gesellschaft konnte auch dann, wenn sie juristische Person sein sollte, nach richtiger Ansicht selbst unmittelbaren Besitz erwerben. Freilich brauchte dies nicht eigenhändig zu geschehen, vielmehr konnte sie sich hierbei auch eines Besitzdieners bedienen. Der Schaffner sollte die tatsächliche Gewalt über das Geld in dem Erwerbsgeschäft der Straßenbahngesellschaft auf Grund eines Verhältnisses ausüben, vermöge dessen er den sich auf das Geld beziehenden Weisungen der Organe der Gesellschaft Folge zu leisten hatte. Er sollte also die Sachherrschaftsgewalt an dem Gelde als Besitzdiener der Gesellschaft begründen und damit Besitz für sie erwerben. Ob man dies als Besitzerwerb durch „offene Vertretung im untechnischen Sinne" bezeichnen kann, ist letzten Endes eine Frage der Begriffs**bezeichnung** (die Ausführungen des RG.: RGZ. 137, 25 ff. = JW. 1933, 215 sind m. E. durchaus verfehlt). Im Ergebnis ist sich das Schrifttum und die Rspr. darüber einig, daß wenigstens in derartigen Fällen durch den Besitzdiener unmittelbarer Besitz für den Besitzherrn begründet werden **kann**.

Ob dies aber im einzelnen Falle geschehen ist, hängt noch von weiteren Umständen ab. Nach der mit Recht herrschenden Lehre bedarf es trotz des Wortlautes des § 854 BGB. zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes außer den im Gesetz ausgeführten Voraussetzungen auch noch der **Betätigung** des Besitzerwerbswillens. Das bedeutet also für den Fall des Erwerbs des unmittelbaren Besitzes durch einen Besitzdiener: Der Geschäftsherr erwirbt den unmittelbaren Besitz durch die Handlung des Besitzdieners nur dann, wenn mindestens aus den Umständen zu entnehmen ist, daß der Besitzdiener ein Verhalten eingeschlagen habe, aus dem der Verkehr regelmäßig zu schließen geneigt sein wird, daß der Besitzdiener erklärt habe, die unmittelbare Sachherrschaftsgewalt **für** den Geschäftsherrn zu erwerben. Insoweit beruhen § 164 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB. auf einem allgemeinen Rechtsgedanken, der auch für den bloßen Realakt des Erwerbs des unmittelbaren Besitzes durch einen Besitzdiener Geltung haben muß. Auch in dieser Beziehung ist es nicht zweifelsfrei, aber doch immerhin wahrscheinlich, daß trotz der Tatsache, daß der Schaffner das Geld gleich in seine Privattasche steckte, die Umstände ergaben, daß er den Besitz an dem Gelde **für** die Gesellschaft zu erwerben erklärte.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß im Falle D I 1 a das Eigentum an die Gesellschaft **wahrscheinlich** auf Grund von § 929 i. Verb. m. § 164 und § 854 BGB. übergegangen ist.

bb) Wenn dies aus tatsächlichen Gründen nicht der Fall sein sollte, so dürfte das Eigentum jedenfalls auch aus tatsächlichen Gründen nicht nach § 930 BGB. i. Verb. m. § 181 BGB. auf die Gesellschaft übergegangen sein (vgl. hierüber oben unter aa).

γ) Für die weiteren Erörterungen soll nun davon ausgegangen werden, daß die Gesellschaft das Eigentum am Gelde erworben habe; dann war es fremd für den Straßenbahnschaffner. Es fragt sich, ob die Geldstücke in seinen „Gewahrsam" gelangt sind?

Die Gewahrsamsverhältnisse sind nicht ganz unzweifelhaft. Hier ist zunächst festzustellen, daß nach Ansicht des RG. auch eine juristische Person Gewahrsam haben kann (RGSt. 60, 271). Es ist daher nicht etwa begrifflich ausgeschlossen, daß die Straßenbahngesellschaft Allein- oder Mitgewahrsam an dem Gelde erlangt hätte. Im Ergebnis wird das freilich doch zu verneinen sein.

Allerdings steht der Annahme, daß der Straßenbahnschaffner Alleingewahrsam an dem Gelde erlangt hat, nicht etwa der Umstand entgegen, daß er wahrscheinlich nur als **Besitzdiener** tätig geworden ist und daher keinen Besitz erworben hat. Der Besitzdiener kann vielmehr durchaus auch Alleingewahrsam haben (vgl. **Frank** IV 1 zu § 247; RGSt. 52, 143).

Es wird darauf abzustellen sein, ob der Besitzer trotz des Gewahrsams des Besitzdieners noch immer auf die Sache „in dem der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechendem Maße" (so **Frank** a. a. O.) einwirken kann. Das dürfte aber im Verhältnis zwischen der Straßenbahngesellschaft und dem Straßenbahnschaffner zu verneinen sein. Die Straßenbahngesellschaft räumt ihm vielmehr eine alleinige tatsächliche Herrschaftsgewalt an dem Fahrgelde ein, damit er erforderlichenfalls Wechselgeld herausgeben kann.

Im Ergebnis wird man daher für den vorliegenden Fall feststellen müssen, daß der Täter Gewahrsam erlangt hatte.

δ) Für den äußeren Tatbestand interessiert endlich die Frage, ob der Täter sich das Geld „zugeeignet" hat. Der Begriff der Zueignung i. S. des § 246 StGB. ist zweifelhaft und bis auf die neueste Zeit heftig umstritten.

aa) Nach der einen Lehrmeinung eignet der Täter sich die Sachen zu, wenn er über sie „wie ein Eigentümer verfügt" (vor allem **Liszt-Schmidt** § 127 V und 131 II 3). Diese Lehre versteht in diesem Zusammenhang den Ausdruck „verfügen" nicht im technischen Sinne des BGB., sondern im Sinne des „se ut dominum gerere". Sie stellt es darauf ab, ob der Täter erkennbar ein Verhalten getätigt hat, aus dem der Verkehr regelmäßig zu folgern geneigt ist, daß derjenige, der eine derartige Handlung vornimmt, Eigentümer der Sache sei.

bb) Nach einer anderen Lehre eignet sich der Täter die Sachen dann zu, wenn er sie ihrer Substanz oder ihrem Werte nach tatsächlich seinem Vermögen zuführt (so vor allem **Frank**, Bem. III zu § 246, VII 2 a zu § 242).

cc) Eine dritte Lehrmeinung vereinigt die juristische Betrachtungsweise der ersten mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der zweiten Ansicht. Nach ihr eignet sich der Täter die Sache dann zu, wenn er sie der Substanz oder ihrem Werte nach tatsächlich seinem Vermögen dadurch zuführt, daß er über sie wie ein Eigentümer verfügt (ebenso **Sauer**: GoltdArch. 63, 284).

Die Rspr. des RG. auf diesem Gebiet ist leider nicht einheitlich gewesen. In den älteren Entsch. zur Frage der Zueignungsabsicht ist die **Frank**sche Ansicht vertreten worden, so in RGSt. 50, 254 ff. (255); 51, 97 ff. (99) und 57, 199. Dagegen hat das RG. in RGSt. 55, 50 klipp und klar sogar für den Begriff der Zueignungsabsicht i. S. von § 242 BGB. die **Liszt**sche Ansicht vertreten.

Für den Begriff der Zueignung i. S. von § 246 StGB. hat es dagegen schon früher die **Liszt**sche Auffassung vertreten, so in RGSt. 22, 230; 26, 437.

In neueren Entsch. ist dann ausgesprochen worden, daß es für den Begriff der Zueignungsabsicht i. S. des § 242 jedenfalls **nicht** ausreiche, wenn der Täter durch die Vorstellung bestimmt worden war, über die Sache wie ein Eigentümer verfügen zu können: so in RGSt. 61, 228 ff. (232); 64, 250 ff.

Schließlich verwendet das RG. in neuesten Entsch. zu § 246 StGB. ganz überwiegend Formulierungen, die auf Anerkennung der oben zu dritt genannten Lehrmeinung hinauslaufen. So in RGSt. 62, 17 ff. und JW. 1934, 1657[19]. Dort heißt es: „Indem sie in solcher Weise über die fremden Gelder verfügten, wie wenn sie dessen Eigentümer wären, maßen sie sich die Herrenstellung darüber an, führten also die Gelder in ihrem Sachwert ihrem eigenen Vermögen zu."

M. E. ist der dritten Ansicht der Vorzug zu geben. Ich kann das aus Raumgründen hier nicht näher ausführen.

Auch vom Standpunkt dieser Auffassung aus wäre für den vorliegenden Fall zu bejahen, daß der Täter sich das Geld zugeeignet hat. Indem er das abgezählte Geld in seine eigene Tasche steckte, nahm er eine Handlung vor, die vom Verkehr schon als Indiz dafür gewürdigt werden würde, daß er Eigentümer sein müsse, und führte hierdurch die Geldstücke der Substanz nach tatsächlich seinem Vermögen zu.

Im übrigen wird im Schrifttum und von den Kommentaren mit Recht betont, daß die Zueignung i. S. des § 246 erfordere, daß der Täter den Zueignungswillen nicht nur habe, sondern erkennbar auch nach außen betätige. Wenn in diesem Zusammenhang auf die Erkennbarkeit seiner Willensbetätigung abgestellt wird, so kann dies natürlich nicht bedeuten, daß es erforderlich wäre, daß in concreto wirklich ein Zeuge der Handlung des Täters zugesehen hat, sonst würde ohne sachlich zu rechtfertigenden Grund die sachlich-rechtliche Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung des Täters von der verfahrensrechtlichen Frage der Möglichkeit der tatsächlichen Feststellung abhängig gemacht werden. Das RG. stellt es daher durchaus zutreffend im vorliegenden Falle darauf ab, daß „für einen gedachten Zuschauer, der die Sachlage vollständig überblickte" (!), die Betätigung des Zueignungswillens erkennbar war.

Die übrigen Merkmale des äußeren Tatbestandes und die inneren Merkmale sind gegeben; das braucht hier nicht näher erörtert zu werden.

b) Weiter könnte in dem Verhalten des Täters ein Vergehen gegen § 266 StGB. liegen.

Hier käme als Gegenstand der Untreue das Eigentum am Fahrgeld selbst in Betracht. M. E. könnte man die Handlung des Täters, die darin besteht, daß er das wahrscheinlich der Straßenbahngesellschaft gehörende Geld in seine „Privattasche" steckt, schon als „Verfügung" i. S. des § 266 a. F. ansehen. Verfügung im Sinne dieser Bestimmung ist nicht notwendig eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern kann auch schon eine rein tatsächliche Einwirkung auf den Gegenstand des Geschäftsherrn sein (RGSt. 66, 289). Es ist immerhin zweifelhaft, wie gerade in Fällen dieser Art der Begriff der „Zueignung" i. S. des § 246 gegenüber dem der „Verfügung" i. S. des § 266 Ziff. 2 a. F. abzugrenzen ist.

Darüber hinaus ist es zweifelhaft, ob in dem Verhalten des Täters wirklich ein „Mißbrauch" der ihm eingeräumten Machtstellung liegt oder nicht vielmehr nur ein „Treubruch" (vgl. hierüber RGSt. 66, 371 ff.).

Im Sinne des § 266 n. F. wäre dagegen m. E. mindestens ein Treubruch des Täters anzunehmen.

2. a) Fall D I 1 b.

Im zweiten Falle gibt die M. dem Schaffner etwa ein 2-Mark-Stück. Dies steckt der Schaffner in die Privattasche und gibt der M. aus eigenem Wechselgeld 1,80 *RM* heraus. Auch hier fragt es sich zunächst wieder, ob der Täter das 2-Mark-Stück unterschlagen hat. Auch hier wird letzten Endes die Frage, ob er das Eigentum an dem 2-Mark-Stück für die Straßenbahngesellschaft erworben hat, von den näheren Umständen des Falles abhängen, insbes. davon, ob mindestens diese Umstände ergaben, daß er nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Straßenbahngesellschaft tätig werde. Dies ist sehr wahrscheinlich, aber nicht unbedingt notwendig.

Wenn die Straßenbahngesellschaft das Eigentum an dem 2-Mark-Stück erworben hat, hat es sich der Täter teilweise zugeeignet. Schon seit langer Zeit steht die Rspr. auf dem Standpunkt, daß man sich eine Sache auch dadurch aneignen könne, daß man einen Teil ihres wirtschaftlichen Wertes tatsächlich seinem Vermögen zuführt. So hat das RG. schon in RGSt. 39, 242 ausgesprochen, daß auch derjenige, der ein fremdes Sparkassenbuch wegnimmt in der Absicht, lediglich einen Teil der Einlage zu erheben und dann das Buch wieder an seinen Platz zu legen, mit „Zueignungsabsicht" i. S. des § 242 handelt. Dies müßte entsprechend auch bei der Unterschlagung gelten. Im übrigen würde man auch in diesem zweiten Falle feststellen können, daß der Täter sich das 2-Mark-Stück zugeeignet hat, indem er dadurch, daß er über das Geldstück wie ein Eigentümer verfügte, seinem Vermögen tatsächlich den Wert von 0,20 *RM* zuführte.

b) Soweit Untreue in Frage kommt, liegt der Sachverhalt m. E. entsprechend wie oben unter D II 1 b.

3. a) Fall D I 2 a.

Auch für den Fall, daß der Täter zwei von der M. gezahlte 10-Pfennig-Stücke in der Absicht, sie später zu behalten, in die „amtliche" Tasche legt, wäre an § 246 zu denken. In diesem Falle würde angenommen werden müssen, daß die Straßenbahngesellschaft Eigentümerin der 10-Pfennig-Stücke geworden ist. Der Täter hat auch dann Gewahrsam an ihnen erlangt. Es fragt sich, ob er sie sich auch in diesem Falle „zugeeignet" hat. Das RG. bejaht die Frage auch für diesen Fall m. E. mit Recht.

Freilich würde die Entstehung des bloßen Willens, diese Geldstücke oder statt ihrer zwei andere später für sich zu behalten, noch nicht als „Zueignung" i. S. des § 246 angesehen werden können, weil die Zueignung eine tatbestandsmäßige Handlung sein muß und die Entstehung des bösen Willens in der Person des Täters noch nicht als Handlung anzusehen ist.

Der Täter tut aber im vorliegenden Falle auch mehr. Er schafft sich durch sein Verhalten auf Grund des Umstandes, daß er der M. einen ungültigen Fahrschein gegeben hatte, die tatsächliche Möglichkeit, aus der Tasche 0,20 *RM* so zu entnehmen und zu sich zu stecken, daß der Fehlbetrag bei der später vorzunehmenden Ablieferung der Fahrpreiseinnahmen oder bei einer etwaigen Überprüfung des Kassenbestandes nicht in die Erscheinung treten konnte. Auf diese Art und Weise führt er seinem Vermögen in tatsächlicher Beziehung einen Vorteil zu, der für ihn als mindestens teilweiser Gegenwert dieser beiden 10-Pfennig-Stücke angesehen werden kann. Dies tut er, indem er eine Handlung vornimmt, die grundsätzlich nur dem Eigentümer gebührt und aus der ein gedachter Zuschauer den Schluß zu ziehen geneigt sein mag, daß derjenige, der eine solche Handlung vornimmt, doch wohl Eigentümer der Sache sein müsse. Damit sind alle Voraussetzungen des Zueignungsbegriffs in der neuesten Auffassungsweise erfüllt.

b) Hinsichtlich der Untreue liegt m. E. auch dieser Fall nicht anders als der oben unter D II 1 b behandelte.

4. Fall D I 2 b.

Im letzten Falle nimmt der Täter etwa von der M. ein 2-Mark-Stück entgegen, steckt es in die „amtliche" Tasche und gibt aus dieser 1,80 *RM* heraus in der Absicht, den Überschuß von 0,20 *RM* später nicht abzuliefern, sondern für sich zu behalten.

a) M. E. bejaht das RG. zutreffend auch für diesen Fall noch ein Vergehen gegen § 246 StGB. Auch in diesem Falle hat m. E. die Straßenbahngesellschaft ganz unbedenklich das Eigentum an dem 2-Mark-Stück erworben, der Schaffner den Gewahrsam an ihm erlangt. Auch in diesem Falle liegt aber nicht etwa nur eine „Gebrauchsunterschlagung" vor. Der Täter schafft sich in diesem Falle auf Grund der Tatsache, daß er der M. einen ungültigen Fahrschein gegeben hatte, und dadurch, daß er das 2-Mark-Stück in die „amtliche" Tasche steckte, die tatsächliche Möglichkeit, bei der späteren Ablieferung des eingenommenen Fahrgeldes oder einer etwaigen Überprüfung des Bestandes der Tasche 0,20 *RM* aus den Beständen der Tasche für sich zu behalten. Diese Möglichkeit verschaffte er sich dadurch, daß er für einen gedachten Zuschauer erkennbar eine Handlung vornimmt, wie sie generell nur dem Eigentümer gebührt, und aus der der Verkehr einen Schluß auf sein Eigentum zu ziehen geneigt sein würde.

b) Auch in diesem Falle liegt es m. E. hinsichtlich der Untreue nicht anders als in den vorher erörterten Fällen.

E. Schließlich fragt es sich noch, in welcher Weise alle etwa in Frage kommenden strafbaren Handlungen des Schaffners zusammentreffen.

Das hängt zunächst einmal davon ab, ob man nach den tatsächlichen Umständen des Falles feststellen kann, daß nicht etwa mehrere von den hier getrennt erörterten historischen Ereignissen für die tatsächliche Auffassung des Verkehrs als eine „natürliche Handlungseinheit" im Sinne der Rspr. des RG. erscheint. Auch das ist m. E. letzten Endes eine offene Tatfrage. Für den Fall, daß eine derartige Zusammenfassung nach der Auffassung des Verkehrs nicht möglich sein sollte, würde m. E. vorliegen

1. ein Betrug in gleichartiger Tateinheit zum Nachteil der M. und der Straßenbahngesellschaft,
2. hiermit in ungleichartiger Tateinheit zusammentreffend eine Untreue an der Forderung der Straßenbahngesellschaft gegen die M. auf Zahlung des Fahrgeldes,
3. hiermit wiederum tateinheitlich zusammentreffend eine Unterschlagung des Fahrgeldes und vielleicht sogar noch ein weiterer Fall der mit der Unterschlagung tateinheitlich zusammentreffenden Untreue an dem Fahrgeld.

Es bleibt lediglich noch die Frage, ob die Unterschlagung des Fahrgeldes sich etwa als straflose Nachtat zu dem Betrug zum Nachteil der Straßenbahngesellschaft und der Untreue an der Forderung gegen die M. darstellt, oder ob doch wenigstens die etwa gegebene Untreue an dem Fahrgeld als straflose Nachtat gegenüber der Untreue an der Forderung angesehen werden müßte.

M. E. sind alle diese Fragen zu verneinen. Zwar handelt es sich bei den späteren Handlungen um solche Taten, durch die die „Früchte" der vorhergehenden Handlungen verwertet werden sollen, zwar richten sich diese Handlungen auch gegen den schon durch die früheren Handlungen Verletzten. Durch die späteren Handlungen wird aber der durch die früheren Handlungen im Vermögen des Verletzten entstandene Schaden in nicht unerheblicher Weise verstärkt. Man kann in dieser Beziehung auch wirtschaftlich keineswegs die Forderung gegenüber dem Fahrgast in ihrem Wert mit dem Eigentum an dem Fahrgeld gleichstellen. Schon dieser Umstand schließt aber die Annahme der Straflosigkeit der Nachtat schlechterdings aus (vgl. RGSt. 64, 281).

RA. Dr. Matzke, Berlin.

*

**9. I. §§ 249 ff., 43 StGB. Versuchter schwerer Raub. Mit dem Bruch des Gewahrsams ist schon begonnen, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gefährdet hat.

Als Widerstandsüberwindung reicht auch eine nur mittelbar gegen eine Person gerichtete Einwirkung aus, die von dem zu Überwältigenden körperlich empfunden wird, z. B. Einschließen.

II. § 25 Abs. 1 Nr. 2 SchußwG. v. 12. April 1928; § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Begriff des Waffenführens. †)

I. Die StrK. hat die beiden Angekl. von der Anklage wegen versuchten schweren Raubes freigesprochen, weil der von ihr festgestellte Sachverhalt lediglich straflose Vorbereitungshandlungen enthalte. Das ist nach mehreren Richtungen rechtlich bedenklich.

Die Angekl. hatten es nach der Annahme der StrK. auf die gewaltsame Wegnahme einer ganz bestimmten Sache abgesehen, nämlich der größeren Geldbeträge, die der Kaufmann W. Dienstags und Freitags auf dem Wochenmarkte zu kassieren und dann in sein Ladengeschäft zu verbringen pflegte; zu diesem Zwecke hatten sie an einem Freitagnachmittag beobachtet und abgewartet, bis W. nach Schluß des Wochenmarktes wieder in seinem Laden eingetroffen war; während der Angekl. F. vor der Ladentüre Schmiere stehen sollte, betrat der Angekl. K., mit einer ungeladenen Pistole versehen, zusammen mit Gr., der eigens deshalb für die Ausführung gedungen worden war, weil er „über erhebliche Kräfte verfügte", den Laden und verschloß hinter sich die Ladentüre durch Umdrehen des im Schlosse steckenden Schlüssels; beide verhandelten nun zunächst verabredungsgemäß mit W. über den angeblichen Ankauf einer Kiste Apfelsinen; im unmittelbaren Anschluß daran sollte dem besprochenen Plane gemäß K. den W. mit der Pistole bedrohen und Gr. ihn niederschlagen, sodann sollten beide schnell das Geld zusammenraffen und damit „türmen".

Wenn auch die Abgrenzung der Vorbereitungshandlungen vom Anfange der Ausführung wesentlich auf dem Gebiete der tatsächlichen Feststellungen liegt, so unterliegt doch der rechtlichen Nachprüfung die Frage, ob das, was verwirklicht worden ist, schon zu einer Tatbestandshandlung gehört und bereits eine Gefährdung des durch die Tat zu verletzenden Rechtsgutes bedeutet (RGSt. 59, 386). Die StrK. hätte bei der rechtlichen Würdigung des von ihr festgestellten Sachverhaltes prüfen müssen, ob nicht, und zwar vom Standpunkte eines beobachtenden Dritten (des „idealen Zuschauers") aus gesehen, die verschiedenen, demselben Zwecke des Raubes dienenden Tätigkeitsakte eine notwendige Zusammengehörigkeit für die natürliche Auffassung bildeten und ob diese so zusammengefaßten Einzelhandlungen sich in ihrer Gesamtheit als eine derartige unmittelbare Angriffshandlung auf das geschützte Rechtsgut darstellten, daß dadurch eine Gefährdung desselben und die Wahrscheinlichkeit der unmittelbar sich anschließenden Herbeiführung des Enderfolges vorlag oder, mit anderen Worten, ob die Angriffsmittel bereits in tätige Beziehung zum Angriffsgegenstand gesetzt waren. Da der Raub einen aus mehreren Ausführungshandlungen zusammengesetzten Tatbestand enthält (nämlich Wegnahme mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen), so ist mit der Ausführung dieses Verbrechens schon begonnen, sobald eine Ausführungshandlung vorgenommen wird, die der unmittelbaren Verwirklichung auch nur eines dieser mehreren Tatbestandsmerkmale dient.

a) Die Wegnahmehandlung ist dem Tatbestande des Raubes gemeinsam mit dem des Diebstahls. Dieser Begriff darf aber nicht wörtlich ausgelegt werden. Es handelt sich um ein Wegnehmen „aus fremden Gewahrsam"; ihn will das Gesetz schützen. Wird mit dem Bruche dieses Gewahrsams begonnen, dann liegt Versuch vor. Begonnen ist damit schon dann, wenn ein wesentliches Zurückdrängen, ein Beeinträchtigen des fremden Gewahrsams, stattgefunden hat, wenn der Täter die naheliegende Möglichkeit eines Bruches des fremden Gewahrsams geschaffen, mit anderen Worten, wenn er ihn gefährdet hat (RGSt. 54, 254). Eine solche zum Versuch ausreichende Gefährdung hat das RG. bei dem einfachen Diebstahl schon in einem Falle bejaht, wo der Täter in einem fremden Hause sich auf den Dachboden hinaufgeschlichen hatte und bereits im Boden vor einer unversperrten Kammer stand, in die er nur einzutreten brauchte, um die, wie er wußte, dort umherliegenden Sachen wegzunehmen (RGSt. 54, 254); das RG. hat schon in jener Entsch. ausdrücklich betont, daß in einem solchen Falle die Annahme bloßer Vorbereitungshandlungen „dem gesunden Rechtsempfinden widersprechen und dem ertappten Diebe selbst unverständlich sein würde". Daß aber im vorl. Falle die Möglichkeit des Gewahrsamsbruchs schon besonders nahe lag, kann nicht zweifelhaft sein. Denn dem Gewahrsamsinhaber standen zwei fremde Männer unmittelbar körperlich gegenüber, von denen schon der eine ihm an Kräften erheblich überlegen und der andere im Besitz einer Waffe war, die sich zur Einschüchterung oder notfalls sogar zur Niederschlagung des Gewahrsamsinhabers eignete; auch war schon mit dem Gespräch über den angeblichen Apfelsinenkauf, das den Eigentümer ablenken und über das nach dem Plan sich unmittelbar anschließende Bedrohen und Niederschlagen hinwegtäuschen sollte, begonnen worden; überdies aber war der Gewahrsamsinhaber von der Außenwelt durch das Verschließen der Türe bereits abgeschnitten, so daß er von dort weder Dritte zur Hilfe herbeirufen noch mitsamt seinem Gelde sich durch die Flucht nach außen retten konnte. Hiernach war die Herrschaft des W. über das in seinem Besitz befindliche Geld schon erheblich beeinträchtigt und ernstlich gefährdet und mit dem Bruche dieses Gewahrsams bereits begonnen.

b) Die Annahme einer Gewaltanwendung gegen die Person setzt voraus, daß der Täter durch Anwendung von Körperkraft einen vorhandenen Widerstand brechen oder einen erwarteten Widerstand von vornherein unmöglich machen will; der Widerstand kann von dem Gewahrsamsinhaber selbst oder auch von einem zum Schutze der Sache verpflichteten oder bereiten Dritten ausgehen (RGSt. 67, 183, 186). Als Widerstandsüberwindung reicht auch eine nur mittelbar gegen eine Person gerichtete Einwirkung aus, die von dem zu Überwältigenden körperlich empfunden wird (RGSt. 45, 153, 156), insbes. kann auch schon in dem Einschließen des zu Beraubenden eine Gewaltanwendung gefunden werden (RGSt. 27, 405). Ferner genügt es, wenn der Täter nur ein geringfügiges Maß eigener Körperkraft anwendet, sofern er nur das fehlende Maß aus dem angewendeten Mittel zieht und sich dessen in der Weise bedient, daß mittelbar eine erhebliche Kraft gegen den erwarteten Widerstand entwickelt wird (RG.: GoltdArch. 37, 158/159). Wenn nun die StrK. das Verschließen der Türe nur deswegen nicht für den Beginn einer Gewaltanwendung erachtet hat, weil K. „die Tür offenbar verschlossen hat, um anderen Personen den Zutritt von draußen zu verwehren", so hat sie die hier dargelegten Grundsätze nicht berücksichtigt, sie hat insbes. nicht geprüft, ob K. mit dem Verschließen der Türe beabsichtigte, den Widerstand Dritter, die etwa auf Hilferufe des Gewahrsamsinhabers zu dessen Schutz herbeieilen würden, von vornherein unmöglich zu machen. Im übrigen aber konnte es — was weiter zu prüfen sein wird — dem K. dabei auch darauf ankommen, den Gewahrsamsinhaber selbst an der Öffnung der Türe und damit am erfolgreichen Hilferufen zu hindern; daß auch ein dem Schutz der Habe dienender Hilferuf als Widerstandsleistung gegen deren Wegnahme angesehen werden kann, ist in der Rspr. anerkannt (vgl. Urt. 4 D 108/35 v. 16. April 1935).

c) Auch die Ausführungen, mit denen die StrK. das Vorliegen einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben verneint, sind nicht frei von Rechtsirrtum. Darin, daß K. die Ladentür verschloß, kann, wie auch die StrK. an sich anerkennt, unter den obwaltenden Umständen eine Drohung gegen W. erblickt werden. Daß dieser das Herumdrehen des Schlüssels im Schloß nicht wahrgenommen hat, trägt die Verneinung einer versuchten Drohung

nicht. Es hätte vielmehr geprüft werden müssen, ob K. das Verschließen der Tür von W. wahrgenommen wissen und ob er ihn durch diese Maßnahme mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedrohen wollte.

Weiterhin könnte in dem Verschließen der Ladentüre, selbst wenn es von W. nicht wahrgenommen worden und dies dem Angekl. auch bekannt gewesen sein sollte, ein in der Form der Drohung versuchter Raub auch dann gefunden werden, wenn K. den W. zur Aufgabe jeden Widerstandes dadurch zu bringen beabsichtigte, daß er ihn auf die erfolgte Abschließung von der Außenwelt hinwies. Bei einer solchen Sachlage könnte das Herumdrehen des Schlüssels im Schloß nach der natürlichen Auffassung bereits als ein unmittelbar der Ausführung der Bedrohung dienendes Tun und damit als ein notwendiger Bestandteil der Drohungshandlung selbst angesehen werden.

Nach alledem ist die Freisprechung nicht gerechtfertigt.

II. Gegen die von der Rev. erstrebte Feststellung der Waffenführung (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. und § 25 Abs. 1 Nr. 2 SchußwG. v. 12. April 1928) bestehen allerdings, wenigstens nach den bisherigen tatsächlichen Feststellungen, Bedenken. Ein Waffenführen i. S. des § 25 Abs. 1 Nr. 2 liegt nicht vor, da die von K. mitgenommene Pistole schon zufolge Herausnahme des Schlagbolzens überhaupt nicht gebrauchsfähig war (RG. Urt. 1 D 82/34 v. 19. Juni 1934; 1 D 1090/34 v. 2. Nov. 1934 = JW. 1935, 539[42]).

Ob ein Waffenführen i. S. des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. angenommen werden kann, wird noch näher zu prüfen sein. Zwar ist hier der Begriff der Waffe weiter als im § 25 SchußwG., setzt jedoch einen Gegenstand voraus, der von vornherein oder durch den Willen des Trägers im Einzelfall dazu bestimmt war, im Angriff oder in der Verteidigung Verletzungen zuzufügen (RGSt. 65, 159; 68, 238 = JW. 1934, 2237[5]). Sollte sich ergeben, daß K. mit der ungeladenen Pistole nicht nur den W. einschüchtern, sondern auch auf diesen oder auf hinzukommende Dritte einschlagen wollte oder daß er wenigstens mit der Möglichkeit einer solchen Verwendung rechnete, so würde die Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. keinem Bedenken unterliegen (RGSt. 68, 238 = JW. 1934, 2237[5]).

(4. Sen. v. 1. Okt. 1935; 4 D 828/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Die Feststellung des RG., daß ein Versuch einer strafbaren Handlung immer dann schon anzunehmen ist, wenn das, was der Täter verwirklicht hat, einem Teil der Tatbestandshandlung entspricht und dadurch die Gefährdung des durch die betreffende Strafnorm geschützten Rechtsgutes eingetreten ist, stimmt mit der bisherigen im Schrifttum und in der Rspr. zum Ausdruck gekommenen Ansicht überein. § 43 StGB. verlangt ein Verhalten, in dem der Anfang der Ausführungshandlung des Delikts liegt. Als Ausführungshandlung des Raubes kommt die Wegnahme einer fremden Sache unter Gewaltanwendung gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben in Betracht, also wie beim Diebstahl der Bruch fremden und die Begr. eines anderen Gewahrsams, jedoch mit den Mitteln der Nötigung. Diese Deliktshandlung ist begonnen, wenn das geschützte Rechtsgut, der fremde Gewahrsam an fremden Sachen, durch die Anwendung der besonderen Wegnahmemittel beeinträchtigt oder — wie der sonst allgemein gebräuchliche Ausdruck lautet — wenn der fremde Gewahrsam gelockert ist. Eine solche Gefährdung des durch § 249 StGB. geschützten Rechtsgutes tritt aber nicht erst mit der ersten eigentlichen Wegnahmehandlung ein, sondern schon dann, wenn der Täter eines der Nötigungsmittel zur Wirkung gelangen läßt. Und dies wird sogar der Regelfall sein. Zwar ist es auch denkbar, daß der Räuber zuerst mit der Wegnahme beginnt und erst *während* dieser — ist sie schon vollendet, ist Raub nicht mehr möglich — ein Nötigungsmittel zur Vollendung des Gewahrsamsbruches nachfolgen läßt. Im allgemeinen wird die Reihenfolge der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale des § 249 StGB. aber umgekehrt sein, die Gewaltanwendung oder Drohung wird zeitlich vorangehen, die Wegnahme, das Ergreifen der Sache nachfolgen. Die Gleichwertigkeit der beiden Tatbestandsmerkmale des § 249 StGB. bringt es mit sich, daß ein Versuch des Raubes mit dem Beginn der Verwirklichung eines Tatbestandsstückes anzunehmen ist; dies um so mehr, als nach natürlicher Auffassung in dem Beginn der Gewaltanwendung oder der Drohungen zugleich schon eine Beeinträchtigung des Gewahrsams erblickt werden muß. Jeder Volksgenosse, gegen den eines der Nötigungsmittel in Ansatz gebracht wird, wird sich nicht nur als persönlich gefährdet bezeichnen, sondern mit Sicherheit auch die Möglichkeit, seine tatsächliche Sachherrschaft an den betreffenden Sachen fortzusetzen, als durchaus schon gefährdet empfinden. Stellt man sich aber einmal auf den Standpunkt, daß die Nötigungsmittel der Wegnahme in § 249 StGB. letzten Endes doch nur straferhöhende Umstände des Diebstahls sind (*Binding*, Lehrb. 1, S. 312 Anm. 1, S. 313, 4), so bleibt das Ergebnis für die Frage des Versuchs dasselbe. Allerdings müßten Gewaltanwendung und Drohung dann als Vorbereitungshandlungen für die eigentliche Ausführungshandlung, die Wegnahme, angesehen werden. Aber das gleiche gilt auch für die Qualifikationen des § 243 StGB. Es ist jedoch nicht in Zweifel zu ziehen, daß bei allen qualifizierten Delikten die Versuchshandlung bereits mit dem Anfang der Ausführung eben jener qualifizierenden Vorbereitungshandlungen beginnt. So hat das RG.: RGSt. 54, 35 bereits es als versuchten Einbruchsdiebstahl angesehen, wenn der Täter eine Fensterscheibe mit einer Masse bestreicht, um das Klirren der Glasstücke beim Eindrücken zu verhindern.

Wenn das RG. sagt, daß „in dem Einschließen des zu Beraubenden eine Gewaltanwendung gefunden werden" kann, so muß hierbei darauf hingewiesen werden, daß dies immer im Zusammenhang mit dem Vorangehenden verstanden werden muß. Das RG. stellt da fest, daß eine nur mittelbar gegen eine Person gerichtete Einwirkung „von dem zu Überwältigenden körperlich empfunden" werden muß. Wenn also zur Freiheitsberaubung nach § 239 StGB. schon ein Einschließen ausreicht und es hierbei lediglich „auf den objektiven Zustand tatsächlicher Unmöglichkeit zu freier Willensbetätigung" ankommt, „gleichviel ob der Betroffene sich dieses Zustandes überhaupt bewußt wird" (RGSt. 61, 241), so genügt ein solcher objektiver Maßstab jedenfalls beim Raub nicht, sondern erforderlich ist, daß der zu Beraubende weiß, daß er eingeschlossen ist. Denn nur dann kann er seine Einschließung körperlich empfinden.

II. Die Ausführungen des RG. über den Begriff des Waffenführens können auf den ersten Blick überraschen. Allerdings nicht im Hinblick auf die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 25 SchußwG.; denn daß eine Pistole, der wesentliche Einzelteile fehlen und die infolgedessen nicht gebrauchsfähig ist, nicht unter das genannte Gesetz fallen kann, sollte Zweifeln nicht begegnen. Aber die Begriffsbestimmung für Waffen i. S. des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. als eines Gegenstandes, „der von vornherein oder *durch den Willen des Trägers im Einzelfall* dazu bestimmt war, im Angriff oder in der Verteidigung Verletzungen zuzufügen", stimmt zwar mit der bisherigen Rspr. des RG. überein, die auch als richtig anzuerkennen ist, die aber in bemerkenswerter Weise im Schrifttum eine unrichtige Auslegung gefunden hat. So sagen *Frank* (18. Aufl., Anm. VI zu § 243) und *Ebermayer* (3. Aufl., Anm. b zu Nr. 5 § 243 StGB.), nachdem sie bejaht haben, daß unter den Begriff der Waffe auch gefährliche Werkzeuge i. S. des § 223 a StGB. fallen, daß das RG. sich mit dem bloßen Besitz der Waffe begnüge, der Täter sie also nicht gerade zu dem Zwecke bei sich haben müsse, einen ihm entgegentretenden Widerstand bei Ausführung der Tat zu überwinden. An diese Auffassung über die Ansicht des RG. schließt sich dann besonders bei *Frank* die Polemik an, daß somit jeder, der ein Taschenmesser bei sich zu tragen pflege, nur einen schweren Diebstahl begehen könne. Dabei hat das RG. dies selbst ausdrücklich abgelehnt. Die Literatur verkennt z. T., daß das RG. den bloßen Besitz der Waffe nur dann genügen läßt, wenn es sich um eine Waffe im technischen Sinne handelt, und daß in allen anderen Fällen, in denen einem gefährlichen Werkzeug die Bedeutung der Waffe i. S. der §§ 243 Nr. 5, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. zugelegt wird, es gerade darauf ankommt, daß der Täter das Werkzeug zum Angriff oder zur Verteidigung bestimmt hat Erst durch diese Gebrauchsbestimmung durch den Täter wird das Werkzeug zur Waffe i. S. der §§ 243 Nr. 5, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Es genügt in diesen Fällen also nicht der bloße Besitz, sondern erforderlich ist die besondere Gebrauchsabsicht. Erst dieses subjektive Unrechtselement schafft die Waffe. In den Fällen, in denen das RG. lediglich das Bewußtsein des Täters von dem Besitz der Waffe für ausreichend erklärte, handelte es sich stets um technische Waffen, so z. B. in dem RGSt. 54, 196 entschiedenen Fall um einen geladenen Armeerevolver. Bereits in RGSt. 44, 141 hat das RG. dagegen ausgesprochen, daß ein Träger eines seiner Beschaffenheit nach gefährlichen Werkzeuges nur dann eine „Waffe" führt, wenn der Gegenstand „nach dem Willen des Trägers im Einzelfall dazu bestimmt ist, ... Verletzungen zuzufügen". Dieser Rspr. bleibt das RG. mit Recht treu.

RA. Dr. *Otto Rilk*, Berlin.

*

**10. § 266 StGB. Ein Gläubiger kann dadurch Untreue gegenüber seinem Schuldner begehen, daß er Grundschulden oder Hypotheken, die der Schuldner ihm zur Sicherung bestellt oder abgetreten hat, für seine eigenen Schulden ohne Wissen des Schuldners verpfändet.

Der Angekl., der zusammen mit seinem Bruder unter der Firma C. ein Getreidegeschäft betrieb, lieferte Landwirten Kunstdünger auf Kredit und gab ihnen bare Darlehen. Er ließ sich von seinen Schuldnern zum großen Teil Wechsel geben, die er meistens bei Banken diskontierte. Als die Schulden der Landwirte bei der Firma und deren Schulden bei den Banken immer größer wurden, ließ er der Firma zur Sicherung ihrer Forderung von den Schuldnern Grundschulden oder Hypotheken bestellen oder abtreten und verpfändete sie ohne Wissen der Schuldner für Schulden der Firma C. an die Banken.

Die StrK. hat den Angekl. wegen gewinnsüchtiger Untreue aus § 266 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB. verurteilt. Die Verurteilung konnte nicht aufrechterhalten werden, weil der Sachverhalt bisher nur unzureichend aufgeklärt worden ist und die rechtlichen Ausführungen des Urteils zum Teil fehl gehen.

Die StrK. hat zunächst nicht beachtet, daß die einzelnen Fälle nicht vollkommen gleich liegen. Sie hat nicht genügend aufgeklärt, wie hoch die Forderungen der Firma C. gegen die einzelnen Schuldner zu der Zeit waren, als der Angekl. die Hypotheken oder Grundschulden verpfändete, ob und in welcher Höhe die in Frage kommenden Forderungen fällig waren, welche Vereinbarungen mit den Schuldnern oder ihren Bürgen bei der Bestellung oder Abtretung der Hypotheken und Grundschulden und mit den einzelnen Banken bei den Verpfändungen getroffen worden sind, und ob die Pfandgläubiger gutgläubig waren oder nicht. Ohne eine ausreichende Aufklärung des Sachverhalts ist aber eine zuverlässige Beurteilung der bürgerlich-rechtlichen und der strafrechtlichen Wirkungen der einzelnen Vorgänge nicht möglich.

Unklar und rechtlich verfehlt ist schon die Auffassung, daß die Hypotheken oder Grundschulden, „auch soweit sie nicht mehr den Landwirten zustanden, sondern — wie in den meisten Fällen — erst für die Firma C. bestellt wurden, Vermögensstücke der Landwirte gewesen seien, weil sie einen zum Zwecke der Kreditbeschaffung beweglich gemachten Teil des Wertes ihrer Grundstücke darstellten". Nach den an anderer Stelle des Urteils getroffenen Feststellungen ist die Bestellung oder Abtretung von Hypotheken oder Grundschulden nicht zum Zwecke der Kreditbeschaffung erfolgt, sondern zur Sicherung der bereits vorher entstandenen und anscheinend bei Fälligkeit nicht beglichenen Ansprüche der Firma C. Obwohl die in Frage stehenden Hypotheken und Grundschulden der Firma C. nur zur Sicherung des von ihr gewährten Kredits bestellt oder abgetreten worden sind, ist sie doch nach außen hin voll und uneingeschränkt Gläubigerin geworden. Die Hypotheken und Grundschulden waren nicht Teile des Vermögens der Schuldner, sondern sie standen der Firma C. zu. Der einzelne Schuldner hatte gegen die Firma C. nur einen durch die vollständige Tilgung der zu sichernden Forderungen aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruch auf Verzicht auf die Grundschulden oder Hypotheken oder auf ihre Rückübertragung (RGZ. 95, 245; GruchBeitr. 51, 374; RG.: JW. 1912, 135[7] und 1934, 685).

Für die Frage, in welcher Art und in welchem Umfange die Firma C. die ihr zur Sicherheit bestellten oder abgetretenen Hypotheken und Grundschulden verwerten durfte, kommt es entscheidend auf die der Sicherheitsbestellung zugrunde liegenden Vereinbarungen an (GruchBeitr. 64, 482; RGZ. 135, 357, 364 = JW. 1932, 2411, 3179; Planck-Strecker, BGB. Bd. III 2 § 1157 Anm. 2 Abs. 2 S. 952). In dem Urt. sind solche Vereinbarungen nicht in allen Fällen festgestellt worden. Es kann aber den Urteilsfeststellungen als Wille der Beteiligten entnommen werden, daß die Firma C. verpflichtet sein sollte, nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderungen die Hypotheken und Grundschulden nur zur Befriedigung zu verwenden und nicht anderweit über sie zu verfügen. Die Befriedigung hätte etwa im Wege der Abtretung oder durch Vollstreckung in das Grundstück erfolgen können. Sie durfte in den vorliegenden Fällen aber keinesfalls erfolgen, solange die Schuldner noch aus den Wechseln in Anspruch genommen werden konnten. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die Abtretungen oder Bestellungen eben nur zur Sicherheit erfolgt waren. Aus demselben Grunde kann auch nicht angenommen werden, daß die Firma C. zu weiteren Sicherungsabtretungen der Hypotheken oder Grundschulden befugt sein sollte (RGZ. 95, 245; RG. v. 11. Okt. 1913, VI 323/13: JW. 1914, 76[8]; RGSt. 67, 273 = JW. 1933, 2339). Nur soweit sie wegen Fälligkeit ihrer Ansprüche ihre Befriedigung aus den Hypotheken oder Grundschulden suchen durfte, wäre sie auch zur weiteren Sicherungsabtretung oder Verpfändung befugt gewesen (RGZ. 95, 244, 245; RG. v. 12. Mai 1928, V 468/27: JW. 1928, 2782, 2784).

Die Sicherungsabtretung der hypothekarisch gesicherten Forderungen begründete zwischen den Landwirten und der Firma C. ein Treueverhältnis, das die letztere nach Treu und Glauben i. Verb. m. § 662 BGB. verpflichtete, neben ihren eigenen Interessen auch die der Zedenten wahrzunehmen, also die abgetretene Forderung, zu deren Geltendmachung sie allein befugt war, erforderlichenfalls ordnungsmäßig einzuziehen, oder so gut wie möglich zu verwerten und den Erlös, soweit er die gesicherte Forderung überschritt, an den Zedenten herauszugeben; § 667 BGB. (RGZ. 59, 190; 76, 345, 347 = JW. 1911, 712; RGZ. 116, 330, 331 = JW. 1927, 2295; RGSt. 67, 273 = JW. 1933, 2339).

Deshalb ist auch die Annahme der StrK., daß der Angekl. Bevollmächtigter der Landwirte gewesen ist, rechtlich nicht zu beanstanden.

Der Anspruch der Landwirte auf Herausgabe des Übererlöses stellt als ein Individualanspruch ein Vermögensstück des Auftraggebers dar, an dem Untreue begangen werden konnte (RGSt. 62, 58 f.; 63, 251, 253 und 406 f.; 64, 86; 67, 273 = JW. 1933, 2339). Hat der Angekl. ihnen diesen Anspruch auf den Übererlös absichtlich entzogen oder gefährdet, so hat er sich der Untreue schuldig gemacht.

Nach der Auffassung der StrK. hat der Angekl. dadurch zum Nachteil der Landwirte über deren Vermögensstücke verfügt, daß er die der Firma C. zur Sicherheit bestellten oder abgetretenen Hypotheken und Grundschulden für seine eigenen Schulden an seine Banken verpfändete; und zwar immer für seine sämtlichen Schulden. Das ist jedenfalls insoweit nicht richtig, als die Forderungen der Firma C. fällig waren, der Angekl. befugt war, sich aus den Hypotheken und Grundschulden zu befriedigen und die Hypotheken und Grundschulden den Wert der Forderungen der Firma C. nicht überstiegen, so daß den als Auftraggeber in Frage kommenden Landwirten überhaupt kein Anspruch auf einen Übererlös zustand. Dann war es aber unerheblich, wie hoch die Schulden des Angekl. bei den Banken waren, und ob der Angekl. die Verpfändungen für seine sämtlichen Schulden vorgenommen hat. Wie der Sachverhalt in den einzelnen Fällen war, läßt sich aus den bisherigen Urteilsfeststellungen nicht entnehmen.

Die StrK. erblickt den Nachteil der Landwirte auch darin, daß sie infolge der Verpfändung ihrer Sicherheiten in die Lage versetzt worden seien, in doppeltem Maße in Anspruch genommen zu werden, nämlich einmal aus den Wechseln und ein zweites Mal aus den Hypotheken oder Grundschulden. Das könnte dafür sprechen, daß der Angekl. die Verpfändungen vorgenommen hat, bevor die Ansprüche der Firma C. gegen ihre Schuldner fällig waren. Daß das aber tatsächlich geschehen ist, ist in dem Urteil nicht ausreichend festgestellt. Aus der Tatsache allein, daß bei verschiedenen Banken von den Landwirten akzeptierte Wechsel liefen, ergibt sich nicht, daß die Forderungen der Firma C. noch nicht fällig waren, zumal da nicht einmal feststeht, ob die Forderungen und die Wechsel sich in der Höhe deckten,

und welche Vereinbarungen zwischen den Beteiligten getroffen worden waren.

Soweit der Angekl. die Sicherheiten vor Fälligkeit der Forderungen der Firma C. in rechtswirksamer Weise verpfändet und dadurch den Individualanspruch seiner Auftraggeber auf Rückgabe ihrer Sicherheiten nach Bezahlung ihrer Schuld zum mindesten erheblich gefährdet hat, würde die Annahme einer Untreue keinen rechtlichen Bedenken unterliegen.

Falls nicht abweichende Vereinbarungen getroffen worden sind, durfte die Firma C. auf Grund der Sicherungsverträge während des Bestehens ihrer persönlichen Forderungen gegen die Grundstückseigentümer die Hypotheken und Grundschulden nur als Sicherungsmittel für diese Forderungen verwenden, also nicht von ihnen trennen und für eigene Schulden an die Banken verpfänden. Der Umstand, daß der Landwirt S. in der Eintragungsbewilligung der Grundschuld für den Fall der Abtretung oder Verpfändung auf das Recht des Widerspruches aus § 1160 BGB. verzichtete, steht dem nicht entgegen, da diese Erklärung nach den Urteilsfeststellungen nur bedeuten konnte, daß die Firma C. berechtigt sein sollte, die Grundschuld zusammen mit den durch sie gesicherten Forderungen oder doch wenigstens nur unter ausdrücklicher Mitteilung vom Bestehen des Sicherungsverhältnisses zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Grundschuldgläubiger abzutreten oder zu verpfänden (vgl. RGUrt. v. 26. Sept. 1934, V 23/34). Dadurch, daß der Angekl. die Sicherheiten für die Schulden der Firma C. verpfändete, und die Wechsel ihrer Schuldner bei anderen Banken diskontierte, wurden die Landwirte, wenn die Banken hinsichtlich des auf Grund der Sicherungsverträge zwischen den Landwirten und der Firma C. bestehenden Treueverhältnisses gutgläubig waren, tatsächlich der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt, einerseits aus den Wechseln, andererseits aus den Grundschulden oder Hypotheken.

Daß der Angekl. wirtschaftlich nicht in der Lage war, die Pfänder jederzeit wieder einzulösen, sobald seine Schuldner sie von ihm zurückfordern durften, ist den Urteilsfeststellungen zu entnehmen. Die StrK. hat aber nicht geprüft, ob die treuhänderische Verpflichtung des Angekl. aus dem Grundbuch oder den Briefen ersichtlich oder den Banken bei der Verpfändung bekannt war (§§ 892, 894—899, 1140 BGB.). Wäre das der Fall gewesen, so hätten sie gem. §§ 1157, 1169, 1192, 1273 und 1274 BGB. die Verfügungsbeschränkungen gegen sich gelten lassen müssen (RGZ. 135, 357, 365 = JW. 1932, 2411, 3179). Sie hätten also aus den ihnen verpfändeten Sicherheiten nicht weitere Rechte herleiten können, als die Firma C. das tun durfte; sie mußten, sobald die Firma C. befriedigt war, auf die Sicherheiten verzichten oder sie löschen lassen und die Briefe herausgeben. Trotzdem waren die Grundstückseigentümer in ihrem Vermögen unmittelbar gefährdet. Für sie war bereits ein Nachteil dadurch entstanden, daß sie in einem Rechtsstreit mit den formell berechtigten Banken die Beweispflicht dafür hatten, daß die Banken sich nicht in gutem Glauben befanden (RGSt. 14, 401, 404; 16, 1, 11 und 77, 81; 39, 184, 186).

Waren die Banken in bezug auf das Verfügungsrecht des Angekl. gutgläubig, ergab sich insbesondere weder aus dem Grundbuch noch aus den Briefen und Abtretungserklärungen, daß die Bestellungen oder Abtretungen der Hypotheken und Grundschulden an den Angekl. nur zur Sicherheit erfolgt waren, so hätten die Banken an den Hypotheken und Grundschulden voll wirksame Pfandrechte erworben.

In der neuen Verhandlung wird auch der innere Tatbestand hinsichtlich der einzelnen Fälle einer besonderen Aufklärung bedürfen.

(2. Sen. v. 17. Juni 1935; 2 D 1160/34.)

<= RGSt. 69, 223.>

*

11. § 32 MilStGB. Zur Auslegung des Begriffes „erheblicher Nachteil". †)

Es ist dem OKrGer. darin beizustimmen, daß der Grundgedanke des VereinfachungsG. zum MilStGB. vom 30. April 1926 dahin geht, Ungehorsamsdelikte der disziplinaren Ahndung zu überlassen, um im Interesse der Manneszucht eine der Tat möglichst rasch folgende Bestrafung zu ermöglichen, aus welchem Grunde es auch geboten erscheint, den Begriff der Herbeiführung eines erheblichen Nachteils nach § 32 MilStGB. eng auszulegen. Nun hat aber das OKrGer. im vorl. Fall tatsächlich festgestellt, daß sich die Straftaten des Angekl. sowohl im Lokal selbst als auch außerhalb des Lokals auf der Straße nicht nur in Gegenwart von Soldaten, sondern auch in Gegenwart von Zivilpersonen abgespielt haben, und daß diese Zivilpersonen an dem disziplinwidrigen Verhalten des Angekl. Anstoß nahmen, was in entsprechenden kritischen Bemerkungen seinen Ausdruck fand. Wenn das OKrGer. an Hand dieser Feststellung zu der weiteren Feststellung gelangt, daß unter diesen Umständen durch die vom Angekl. begangenen Ungehorsamhandlungen nicht nur die Gefahr eines erheblichen Nachteils, sondern ein erheblicher Nachteil herbeigeführt worden ist, so ist diese Feststellung frei von Rechtsirrtum.

Die Tatbestandsmerkmale des § 94 MilStGB.: Verweigerung des Gehorsams durch Wort oder Tat und das Beharren im Ungehorsam auf wiederholt erhaltenen Befehl in Dienstsachen schließen einander nicht aus und können sehr wohl nebeneinander gegeben sein.

(4. Sen. v. 20. Sept. 1935; 4 D 819/35.)

Anmerkung: In dem nicht abgedruckten ersten Teile der Entsch. ist dargelegt, daß das BG. wie das RevG. durch das Verbot der reformatio in pejus an der Nachprüfung gehindert waren, ob eine vom ersten Richter verhängte Strafe hoch genug gewesen war. Es ist dies in kurzer Zeit der zweite Fall dieser Art (vgl. RG. IV v. 24. Mai 1935: JW. 1935, 2381 [42] mit Anm. von mir). Der damals von mir geäußerte Wunsch auf baldige Übertragung des ÄnderungsG. v. 28. Juni 1935 auf das Militärstrafgerichtsverfahren durch Beseitigung des Verbots der reformatio in pejus entsprach also einem lebhaften Bedürfnis. Dieser Wunsch ist inzwischen durch das Ges. v. 9. Okt. 1935 zur Änderung der MilStGO. (RGBl. I, 1223) verwirklicht worden.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht verdienen die Ausführungen des RG. über den Begriff des „erheblichen Nachteiles" beim militärischen Ungehorsam vollen Beifall. Insbesondere ist zu begrüßen, daß das RG. den weiten wertausfüllungsbedürftigen Begriff nicht durch am Einzelfall gewonnene allgemeine Leitsätze eingeschränkt und dadurch unbrauchbarer gemacht hat. Wenn Fuhse (MilStGB., 2. Aufl., 1926, § 92, 9a) und Rittau (MilStGB., 2. Aufl., 1935, § 92, 5) ausführen, erheblicher Nachteil sei jede erhebliche Beeinträchtigung irgendeines Rechtsgutes, so ist allerdings diese Formulierung vom heutigen Standpunkt aus nicht bedenkenfrei. Denn nicht das Rechtsgut ist der primäre Begriff, sondern die Volksgemeinschaft und deren konkrete Bedürfnisse. Ein erheblicher Nachteil liegt auch nicht erst bei einer „Beeinträchtigung" eines Wertes vor. Der Nachteil liegt schon in einem ideellen Schaden, in einer Erschütterung des Gemeinschaftsgedankens, hier der Gemeinschaft zwischen Volk und Heer und in der Erschütterung des Vertrauens des Volkes auf die Disziplin im Heere. Wenn wie hier Zivilpersonen als Ohrenzeugen eines Ungehorsams schon ihren Unwillen über das disziplinwidrige Verhalten eines Soldaten äußern, dann ist dieser ideelle Schaden sicherlich eingetreten und nicht bloß zu befürchten, wie im vorl. Falle anscheinend die Rev. geltend gemacht hat.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

*

12. Zur Auslegung des Art. 4 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrags v. 24. Jan. 1874.

Indem die Rev. geltend macht, die Verurteilung des BeschwF. in den Fällen 1 und 3 sei durch die schweizerische Auslieferungsbewilligung nicht oder doch nicht in der vom Urt. angenommenen Weise gedeckt, rügt sie den Mangel einer Verfahrensvoraussetzung, den das RevG. in vollem Umfange auch von Amts wegen nachprüfen muß, und zwar in selbständiger Benutzung aller ihm zugänglichen Erkenntnis-

quellen und ohne Bindung an die Feststellungen oder Textauslegungen des Tatrichters (RGSt. 64, 183 [187]; 67, 55).

Der schweiz. Auslieferungsbescheid v. 15. Juni 1934 bewilligt die Auslieferung des X. wegen der ihm im deutschen Haftbefehl zur Last gelegten „vier Delikte des Raubes und Diebstahls unter dem Vorbehalt, daß die Verfolgung und Bestrafung des X. in Deutschland auf die im übermittelten Haftbefehl aufgeführten Tatbestände beschränkt bleibt und die Bestimmungen von Art. 4 schweiz.-deutschen Auslieferungsvertrages v. 24. Jan. 1874 strikte beobachtet werden". — Die vom LG. abgeurteilten Taten 2 und 4 (schwerer Einbruchsdiebstahl und schwerer Raub) decken sich sowohl dem tatsächlichen Hergange wie der rechtlichen Beurteilung nach mit den Annahmen des Haftbefehls. — Dagegen weicht das Urt. hinsichtlich der Taten 1 und 3 vom Haftbefehl ab. Im Falle 1 — Entwendung einer Pistole zum Nachteile des Polizeiwachtmeisters M. — hatte der Haftbefehl einfachen Diebstahl angenommen, während das Urt. feststellt, die Pistole sei mittels Nachschlüssels aus einem verschlossenen Spinde genommen worden, und deshalb wegen schweren Diebstahls (§ 243 Ziff. 3 StGB.) verurteilt. Im Falle 3 ging der Haftbefehl davon aus, der BeschwF. habe in der ersten Hälfte des Jahres 1933 der Sanitätswache der Polizei in Z. eine Flasche mit Äther gestohlen, während das Urteil annimmt, er habe im Jahre 1933 den Laborantengehilfen G. angestiftet, für ihn Äther im Tropeninstitut des Krankenhauses H. zu stehlen, und deswegen wegen Anstiftung zum Diebstahl verurteilt. — Eine Tat 5 (Amtsanmaßung und Diebstahl zum Nachteile einer Frau B.) war im Haftbefehl nicht aufgeführt. Gleichwohl ist ihretwegen das Hauptverfahren eröffnet worden. Das LG. hat jedoch — in den Gründen, nicht in der Formel seines Urteils — zum Ausdruck gebracht, daß eine Verurteilung wegen dieser Tat nicht erfolgen könne, weil sich der Auslieferungsbescheid nicht auf sie erstrecke.

Der Vorbehalt des Auslieferungsbescheides, daß die Verfolgung und Bestrafung des X. in Deutschland auf die in dem übermittelten Haftbefehl aufgeführten Tatbestände beschränkt bleibe, kann nicht dahin ausgelegt werden, er bedeute nichts anderes als eine Bezugnahme auf Art. 4 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrages v. 24. Jan. 1874 (RGBl. 113), enthalte also nur das Verbot, eine Straftat politischen Charakters oder eine nicht im Vertrag aufgeführte Straftat abzuurteilen. Dieser Vorbehalt wird vielmehr ausdrücklich neben dem Vorbehalt aus Art. 4 des Vertrages gemacht. Sein Sinn geht also bei der gebotenen strengen Auslegung dahin, daß die Auslieferung nur wegen der vier in dem Haftbefehl bezeichneten „Tatbestände" bewilligt werde. Dabei ist — dem vorwiegend verfahrensrechtlichen Charakter der Auslieferung entsprechend — unter Tatbestand ersichtlich die Tat im verfahrensrechtlichen Sinne, das historische Vorkommnis i. S. des § 264 der deutschen StPO. verstanden (zu vgl. RGSt. 65, 106 [111]; 66, 346 [348]; 66, 172 [173] und Art. 7 schweiz. BundG. betr. die Auslieferung gegenüber dem Auslande vom 22. Jan. 1892 [Bundesblatt der Eidgenossenschaft 1892 Bd. I S. 402]).

Diese Voraussetzung, daß das Urteil die gleichen geschichtlichen Vorkommnisse betreffe, wie sie dem Haftbefehl und der Auslieferungsbewilligung zugrunde lagen, ist aber nicht nur bei der Tat 1, dem Diebstahl der Dienstpistole, sondern auch — entgegen der Annahme des LG. — bei der Tat 3, der Anstiftung zum Ätherdiebstahl, erfüllt. Denn es handelt sich bei der diebstahlsweisen Beschaffung von Äther im ersten Halbjahr 1933 nur um eine Vorbereitungshandlung zu dem Einbruchsdiebstahle 2, bei dem die Opfer durch Äther betäubt wurden. Bei einer solchen Sachlage ist die Annahme gerechtfertigt, der im Urteil festgestellte Sachverhalt sei nichts anderes als die im Haftbefehl bezeichnete Vorbereitungshandlung in der Gestalt, wie sie sich in der Hauptverhandlung darstellt.

Der Umstand, daß die rechtliche Würdigung des Urteils — schwerer Diebstahl bei der Tat 1 und Anstiftung zum Diebstahl bei der Tat 3 — von derjenigen des Haftbefehls und Auslieferungsbescheides — einfacher Diebstahl bei der Tat 1 und Diebstahl in Eigentäterschaft bei der Tat 3 — abweicht, hindert die Aburteilung ebenfalls nicht. Der Grundsatz der Spezialität, auch der strengen Spezialität der Auslieferung, steht nach der ständigen Rspr. des RG. nicht entgegen (RGSt. 63, 32 und 215; 65, 106 [110]; 66, 172).

Endlich ist auch die Voraussetzung des Art. 4 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrages — Enthaltensein der Tat in dem Verzeichnis der auslieferungsfähigen Straftaten des Art. 1 — erfüllt. Nach Art. 1 ist Diebstahl und Urheberschaft zum Diebstahl Auslieferungstat. „Diebstahl" bezeichnet hier einen Oberbegriff, der alle Arten der von der Strafgesetzgebung der beteiligten Staaten normierten Diebstahlshandlungen, mithin auch den § 243 Ziff. 3 RStGB., umfaßt (zu vgl. für den gleichgelagerten Fall der Unterschlagung RG.: GoltdArch. 55, 328 [329]).

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann es dahingestellt bleiben, ob der Vorbehalt des Auslieferungsbescheides vom 15. Juni 1934 vereinbar ist mit der Auslegung, die das RG. in ständiger Rspr. (zu vgl. RGSt. 30, 440; 31, 324; 54, 108) dem Art. 4 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrages gegeben hat, und ob er im Falle der Unvereinbarkeit die deutschen Gerichte gleichwohl binden würde.

(3. Sen. v. 29. Aug. 1935; 3 D 488/35.)

*

13. Eine Verletzung des § 229 StPO. macht das in der unterbrochenen Hauptverhandlung ergangene Urteil nur dann angreifbar, wenn es auf der Verletzung beruhen kann. — Nicht der geschäftliche Mißerfolg als solcher ist strafbar, sondern nur eine solche Benachteiligung, die verursacht wird durch eine bewußte Pflichtwidrigkeit, deren Merkmal in der — bewußten — Verletzung der Gebote kaufmännischer Sorgfalt liegt. †)

I. Gegenüber der Verfahrensrüge des Angekl. N. muß anerkannt werden, daß das Verfahren des Gerichts nicht völlig mit dem § 229 StPO. in Einklang stand.

Allerdings nahm die Hauptverhandlung wegen des Umfangs der Sache mit Notwendigkeit eine große Zahl von Verhandlungstagen in Anspruch. Sie durfte daher wiederholt mit Zwischenräumen von mehreren Tagen unterbrochen werden, zumal eine Reihe ungünstiger Zufälle — Erkrankungen verschiedener Beteiligter und nicht zu beseitigende Verhinderungen eines Verteidigers, zeitweilig auch eines Richters —, zu solchen Unterbrechungen nötigten (RGSt. 60, 103). Nach dem § 229 StPO. hätte aber die Hauptverhandlung nach jeder Unterbrechung spätestens am 11. Tage fortgesetzt werden müssen, wobei mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift nur solche Verhandlungen als Fortsetzung gelten konnten, in denen durch eine Erörterung der den Angekl. zur Last gelegten Taten zur Sache verhandelt wurde. Diese Höchstdauer einer zulässigen Unterbrechung wurde in einem Falle, nämlich nach dem 28. März 1933, überschritten. Denn am 30. März 1933 wurde nicht zur Sache, sondern nur über die Verhinderung des Verteidigers Prof. Dr. S. und die vorübergehende Dienstunfähigkeit des mitwirkenden AGR. G. sowie über die deshalb beschlossene Vertagung verhandelt, und erst am 10. April 1933, also am 13. Tage, wurde die sachliche Verhandlung wieder aufgenommen. Nach dem § 229 StPO. hätte die Hauptverhandlung also von Anfang an neu durchgeführt werden müssen, was unterblieben ist.

Eine Verletzung des § 229 StPO. macht jedoch das in der unterbrochenen Hauptverhandlung ergangene Urteil nur dann angreifbar, wenn es auf der Verletzung beruhen kann (RGSt. 57, 266).

Im vorliegenden Falle ist ein solcher ursächlicher Zusammenhang der Entsch. mit dem Verstoße gegen den § 229 StPO. ausgeschlossen. Die Hauptverhandlung hatte schon vor dem 28. März 1933 beinahe zwei Monate in Anspruch genommen. Die mitwirkenden Richter konnten also nicht jede der überaus zahlreichen Einzelheiten des Verhandlungsstoffs so frisch im Gedächtnis haben, wie wenn eine kürzere Hauptverhandlung von der Dauer nur einiger Stunden oder

weniger Tage soeben erst stattgefunden hat. Andererseits aber war der abzuurteilende Tatbestand zu einem sehr großen Teile aus feststehenden schriftlichen Unterlagen, — aus der Satzung, den Büchern und Jahresberichten der Genossenschaft, ferner aus den Prüfungsberichten, den Niederschriften über Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen und über Generalversammlungen sowie aus noch anderen Schriftstücken zu entnehmen, die ohne Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit von den Richtern zur Auffrischung des Gedächtnisses jederzeit nochmals eingesehen werden konnten, soweit sie Gegenstand der Hauptverhandlung geworden waren. Für die Genauigkeit der Erinnerung der Richter an die Verhandlungsergebnisse konnte es unter diesen Umständen nicht mehr darauf ankommen, ob sich die Gesamtdauer der Hauptverhandlung bis zum Urteil noch um ein geringes länger erstreckte, nämlich um den Unterschied zwischen einer Unterbrechung von 11 Tagen, die nach dem § 229 StPO. zulässig gewesen wäre, und der Unterbrechung von 13 Tagen, die tatsächlich erfolgt ist.

Die Hemmungen, denen die Hauptverhandlung aus verschiedenen Anlässen unterlag, bilden auch an sich keinen Grund, das Urteil aufzuheben. Die Verteidigung der BeschwF. ist durch sie nicht in gesetzlich unzulässiger Weise beschränkt worden.

II. In sachlich-rechtlicher Hinsicht bestehen gleichfalls keine durchgreifenden Bedenken gegen die angefochtene Entscheidung.

1. Gegen die Verurteilung wegen Untreue nach dem § 146 GenG. wenden beide BeschwF. übereinstimmend ein, sie hätten durchweg das beste der Volksbank gewollt, auf einen günstigen Ausgang aller begonnenen Geschäfte gehofft und den eingetragenen Verlusten niemals anders gegenübergestanden als mit innerer Ablehnung; die StrK. habe daher auch nicht festgestellt, das die BeschwF. die Verluste der Bank auch nur teilweise innerlich gebilligt hätten.

Dieses Vorbringen geht an den tatsächlichen Feststellungen und Rechtsausführungen des LG. vorbei. Berechtigt wäre es nur dann, wenn die Verurteilung der Angekl. deshalb ausgesprochen worden wäre, weil sie auf Grund eines bedingten Vorsatzes für das schädliche Endergebnis der unternommenen unglücklich ausgegangenen Geschäfte strafrechtlich verantwortlich seien. Die StrK. bezieht aber die Feststellung der Benachteiligung der Volksbank gerade nicht auf den späten Zeitpunkt, in dem die Bank schließlich unter dem Druck der eingetretenen Verluste ihre Schalter schließen mußte, auch nicht auf die Zeitpunkte, in denen die einzelnen zahlungsunfähig gewordenen Schuldner der Bank ihre Zahlungsunfähigkeit erklären mußten oder in denen einzelne Forderungen der Bank im Konkurse oder im Vergleichsverfahren ihrer Schuldner endgültig ausfielen. Sondern die StrK. stellt ihre Prüfung der Sachlage jeweils auf einen erheblich früheren Zeitpunkt ab; sie sieht den von den Angekl. herbeigeführten Nachteil der Bank nicht erst in den schließlich eingetretenen endgültigen Verlusten bestimmter Forderungsbeträge, sondern schon in der Gefährdung der Bank, die unmittelbar durch die für strafbar erachteten, vom Vorstande gebilligten und vom Aufsichtsrate geduldeten, zum Teil sogar geförderten Kreditgeschäfte bewirkt wurde, einer Gefährdung, die unter den im Urt. eingehend dargelegten Umständen so groß war, daß sie schon sofort eine unbestreitbare Vermögensminderung der Bank bedeutete.

Hierbei sieht die StrK. mit Recht die Erfüllung des Tatbestandes der Untreue nicht ohne weiteres darin, daß die Angekl. gefährliche Geschäfte im Bewußtsein der Gefährlichkeit gemacht oder geduldet haben. Sondern das Urt. stellt fest, diese Geschäftsführung des Vorstandes und des Aufsichtsrates sei satzungs- und gesetzwidrig und wegen dieser Vorschriftswidrigkeit, ferner auch schon allein wegen ihrer übergroßen Gefährlichkeit und mit Rücksicht auf manche sonstigen Begleitumstände pflichtwidrig gewesen, und die BeschwF. seien sich dieser Pflichtwidrigkeit bewußt geworden. Mit vollkommener Klarheit wird dies im einzelnen namentlich bei der Beurteilung der eigenen Spekulationsgeschäfte der BeschwF. ausgeführt, also gerade mit Bezug auf diejenigen Handlungen der Angekl., die nach der berechtigten Ansicht des Gerichts für das Strafmaß am schwersten wiegen. Aber auch ganz allgemein ist die StrK. von dieser richtigen Auffassung des Untreuetatbestandes (§ 146 GenG.) bei ihrer Aburteilung ausgegangen. Denn sie sagt in ihren grundlegenden Ausführungen über den Tatbestand des § 146 GenG., daß nicht der geschäftliche Mißerfolg als solcher zu bestrafen sei, sondern die Benachteiligung, die „verursacht werde durch mißbräuchliche oder unordentliche, sich über die Gebote einer sorgfältigen Wirtschaftsführung bewußt hinwegsetzende Geschäftsführung", also durch eine bewußte Pflichtwidrigkeit, deren Merkmal in der — bewußten — Verletzung der Gebote kaufmännischer Sorgfalt liegt (RGSt. 66, 261, 262); und wenig später wird nochmals anerkannt, daß es für die Feststellung einer Untreue auch ankomme auf den „Nachweis, daß der Täter sich der Rechts- und Pflichtwidrigkeit seines Tuns bewußt gewesen sei", wozu freilich nicht gehöre, daß er aus verwerflichen, unlauteren oder unehrenhaften Beweggründen gehandelt haben müßte.

(1. Sen. v. 16. Juli 1935; 1 D 1065/34.)

Anmerkung: Das vorl. Erkenntnis des 1. Sen. ist in verfahrens- und sachlich-rechtlicher Beziehung gleich beachtenswert. Im ersten, verfahrensrechtlichen Teil wird unter Hinweis auf ein früheres Urteil des gleichen Senats erklärt, daß eine Verletzung des § 229 StPO. ein Urteil nur dann angreifbar mache, wenn es auf dem Verstoß beruhen könne. Damit ist die Zahl der sog. absoluten Revisionsgründe, die von Lehre und Rspr. über den gesetzlichen Katalog des § 338 StPO. hinaus entwickelt worden waren, um einen weiteren vermindert. Eine Besinnung auf Entstehungsgeschichte und Sinn des § 338 zeigt, daß das mit Recht geschehen ist.

Aus welchem Grunde die StPO. die acht Fälle des § 338 als zwingende Revisionsgründe ausgestaltet hat, geht mit voller Klarheit aus den Motiven des Entwurfs zur StPO. hervor. Es heißt dort: „Gewisse Prozeßvorschriften sind, obgleich sie außerhalb jeder Beziehung zu dem materiellen Inhalt des Urteils stehen, dennoch solche, welche die Grundlagen berühren" (Hahn, Materialien zur StPO., 1. Abt. [1880] S. 252). Sie betreffen, wie Schwarze bemerkt, „die absolut notwendigen Voraussetzungen eines regelrechten Verfahrens", bei deren Verletzung es an der „Basis" eines ordnungsmäßigen Prozesses fehle (Holtzendorffs Handbuch des Strafprozeßrechts. 2. Bd. [1879] S. 294). Diese Ansicht erklärt sich aus den Nachwirkungen der gemeinrechtlichen Essentialientheorie, welche die Einhaltung bestimmter grundlegender Verfahrensnormen, eben der „Essentialien" des Prozesses, als unerläßliche Gültigkeitsbedingung jedes Urteils betrachtete. Mit der Überwindung dieser Lehre ist Vorschriften von der Art des § 338 die gedankliche Voraussetzung entzogen. Es kommt hinzu, daß sie in zahlreichen Fällen zur Folge hat, daß materiell einwandfreie Urteile um bloß formeller Rücksichten willen beseitigt werden müssen. Eine solche Vorschr. hat im modernen Strafverfahrensrecht keinen Sinn mehr. Daß Urteile der Aufhebung verfallen ganz ohne Rücksicht darauf, ob sie (ungeachtet des Verfahrensverstoßes!) materiell richtig oder unrichtig sind, widerstrebt unserm heutigen Empfinden. Die Beseitigung der unwiderleglichen Vermutung des § 338 sollte deshalb bei der Strafprozeßerneuerung ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Zum mindesten ist bei der Handhabung der Vorschr. Vorsicht und Zurückhaltung geboten. Deshalb verdient es Billigung, wenn das RG. in neuerer Zeit den Kreis der absoluten Revisionsgründe mehr und mehr eingeschränkt hat; als mit dieser Tendenz in Einklang stehend ist auch das vorl. Urteil zu begrüßen.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht ist gegen das Urteil ebenfalls nichts zu erinnern. Im Mittelpunkt der Erörterungen steht wieder einmal das Problem der riskanten Geschäfte. Zutreffend stellt das Urteil fest, daß das Delikt bereits im Augenblick der Darlehenshingabe vollendet sein kann, nämlich dann, wenn die Forderung schon in diesem Augenblick gefährdet ist. Auch in einer Gefährdung des Vermögens des Machtgebers kann ein Nachteil i. S. der Untreuevorschriften liegen! Richtig wird sodann auch betont, daß über Unerlaubtheit oder Erlaubtheit der Krediteinräumung letztlich die „Gebote kaufmännischer Sorgfalt" entscheiden. Der Begriff der ordnungsmäßigen Geschäftsführung stellt sich auf diese Weise in der Rspr. des RG. immer deutlicher als das maßgebliche Merkmal für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Untreuehandlung heraus.

Prof. Dr. Erich Schwinge, Halle a. d. S.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

14. §§ 37, 42, 45, 47, 48, 49 Abs. 2 BGB.

1. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines eingetragenen Vereins hat außer dem Verlust der Rechtsfähigkeit nach § 42 BGB. auch die Auflösung des Vereins zur Folge, falls die Satzung nicht sein Fortbestehen auch für diesen Fall vorsieht. Jedoch kann die Mitgliederversammlung noch nach Konkurseröffnung sowohl das Fortbestehen des Vereins (die Wiederaufhebung der Auflösung) als auch eine Änderung der Satzung bezüglich der Anfallsberechtigten (§ 45 BGB.) beschließen, solange die Liquidation des konkursfreien oder nach Beendigung des Konkursverfahrens verbleibenden Vermögens noch nicht durchgeführt ist.

2. Bereits während des Konkursverfahrens können für den aufgelösten Verein Liquidatoren gewählt werden.

3. Der Antrag von Vereinsmitgliedern, sie gemäß § 37 Abs. 2 BGB. zur Einberufung einer Mitgliederversammlung zu ermächtigen, ist bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen nur abzulehnen, wenn die Antragsteller offenbar mißbräuchliche oder rechtswidrige Zwecke verfolgen, insbes. auch, wenn die in Aussicht genommenen Beschlüsse ungültig sein würden.

4. Auf nicht rechtsfähige Vereine ist die Vorschrift des § 37 Abs. 2 BGB. nicht anwendbar.

5. Hat der Verein durch Konkurseröffnung die Rechtsfähigkeit verloren, so ist die Erteilung einer Ermächtigung gemäß § 37 Abs. 2 BGB. nur noch insoweit zulässig, als die Tagesordnung einen Gegenstand betrifft, bzgl. dessen der Verein für die Zwecke des Konkurses oder der Liquidation als fortbestehend gilt. Die Beschlußfassung über das Fortbestehen des Vereins oder über eine satzungsmäßige Regelung des Anfallsrechts (§ 45 BGB.) dient den Zwecken der Liquidation.

Über das Vermögen des L.-Vereins, eines eingetragenen Vereins, ist das Konkursverfahren eröffnet worden. Eine zur Stellung eines Antrages gem. § 37 Abs. 2 BGB. ausreichende Zahl von Mitgliedern hat, da nach ihrer Überzeugung der Vorstand zu Unrecht die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragt hat und bei dessen Beendigung noch erhebliches Vermögen übrig bleiben wird, nach vergeblicher Aufforderung des Vorstandes bei dem Registergericht beantragt, sie zur Einberufung einer Mitgliederversammlung mit folgender Tagesordnung zu ermächtigen: 1. Wahl der Liquidatoren; 2. Beschlußfassung über Fortbestehen des Vereins und Satzungsänderung hinsichtlich der Anfallsberechtigten. Das AG. hat dem Antrage bzgl. der Tagesordnung zu 1 stattgegeben, ihn bzgl. der Tagesordnung zu 2 jedoch abgelehnt. Das LG. hat auf die sowohl von den Antragstellern als auch von dem Vorstande eingelegte sofortige Beschw. umgekehrt entschieden. Auf die beiderseits eingelegte weitere sofortige Beschw. ist dem Antrage in vollem Umfange stattgegeben worden.

Gem. § 37 BGB. hat der in der Satzung bestimmte Teil der Mitglieder das Recht, nach vergeblicher Anrufung des Vorstandes bei dem AG. den Antrag zu stellen, sie zur Einberufung einer außerordentlichen Mitgliederversammlung mit bestimmter Tagesordnung zu ermächtigen (und über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung zu treffen). Diese formellen Voraussetzungen für die Erteilung der Ermächtigung sind im vorl. Falle, wie das LG. ohne Rechtsirrtum feststellt, erfüllt. Demzufolge „kann" das Gericht dem Antrage entsprechen. Die Entsch. hierüber ist also seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen. Die gerichtliche Prüfung ist jedoch, wie der Senat bereits im Beschl. v. 14. März 1935, 1 Wx 156/35, ausgeführt hat, auf die Frage zu beschränken, ob die Antragsteller offenbar mißbräuchliche oder rechtswidrige Zwecke verfolgen; hierzu ist auch die Frage zu rechnen, ob die in Aussicht genommenen Beschlüsse von vornherein rechtsunwirksam sein würden; denn dem Gericht kann nicht zugemutet werden, zu unwirksamen Rechtshandlungen die Hand zu bieten. Eine Verfolgung mißbräuchlicher oder sonst rechtswidriger Ziele kommt, wie auch das LG. rechtlich einwandfrei feststellt, hier nicht in Betracht; die Antragsteller trachten vielmehr lediglich danach, den Verein und dessen Vermögen der ursprünglichen Zweckbestimmung zu erhalten. Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob die Mitgliederversammlung trotz der Eröffnung des Konkurses über das Vereinsvermögen rechtlich noch in der Lage ist, die in Aussicht genommenen Beschlüsse zu fassen. Zu diesem Zwecke ist zunächst die Rechtslage, in die der Verein infolge der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen geraten ist, einer einleitenden Untersuchung zu unterziehen, ehe auf die einzelnen Punkte der Tagesordnung eingegangen werden kann.

Gem. § 42 BGB. verliert der Verein durch die Eröffnung des Konkurses die Rechtsfähigkeit. Jedoch gilt er für das Konkursverfahren und, falls dem Verein nach Konkurseröffnung noch Vermögen zufällt (§ 1 KO.; vgl. auch Jaeger, § 203 KO. Anm. 11) oder falls nach Beendigung des Konkurses aus der Konkursmasse noch Vermögen übrig bleibt, für das dadurch erforderlich werdende besondere Liquidationsverfahren als fortbestehend, soweit der Zweck des Konkurses bzw. der Liquidation es erfordert (vgl. § 49 Abs. 2 BGB.; vgl. auch RGRKomm., BGB., 8. Aufl., § 42 Anm. 2; § 49 Anm. 4; Staudinger, BGB., 10. Aufl., § 42 Anm. 3, 11; § 49 Anm. 14—17; Planck, BGB., 4. Aufl., § 45 Erl. 1, § 49 Erl. 3; Jaeger, KO., 5. Aufl., § 213 Anm. 8 und 12). Insoweit hat er daher noch die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.

Unabhängig hiervon ist die Frage zu beurteilen, ob der Verlust der Rechtsfähigkeit (§ 42) oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit (§§ 43, 73) ohne weiteres auch die Auflösung des Vereins zur Folge hat, oder unter welchen Voraussetzungen sonst die Auflösung eintritt; hiervon hängt es nämlich erstens ab, ob z. B. bereits eine Wahl von Liquidatoren möglich ist, da diese die Auflösung des Vereins voraussetzt, sowie ferner auch, inwieweit nach der Konkurseröffnung noch das Fortbestehen des Vereins und Satzungsänderungen beschlossen werden können. Diese Frage wird im Schrifttum und in der Rspr. sehr verschieden beantwortet. In den Entwürfen zum BGB. war in allen Fällen nur von der „Auflösung" des Vereins die Rede; erst die Reichstagskommission (RTK. 14) hat dann an die Stelle der Auflösung in den Fällen der §§ 42, 43, 73 BGB. den Verlust bzw. die Entziehung der Rechtsfähigkeit gesetzt, allerdings mit der anfechtbaren Begr., es sei dem öffentlichen Vereinsrechte an sich vorbehalten, die Entstehung bzw. Auflösung der Vereine zu bestimmen (vgl. Staudinger a. a. O., § 41 Anm. 13). Ein Teil der Schriftsteller sieht in Übereinstimmung mit der Reichstagskommission die Abänderung der angegebenen Stellen nur als eine redaktionelle Fassungsänderung ohne praktische Bedeutung an und vertritt demzufolge die Auffassung, daß der Verlust der Rechtsfähigkeit, mag er nun eine Folge der Konkurseröffnung oder besonderer Entziehung der Rechtsfähigkeit sein, stets auch die Auflösung des Vereins herbeiführe (vgl. Ec k, Vorträge zum BGB., S. 67, 68; v. Tuhr, Bürg. R I 561; Cosack, Bürg. R. I § 50 I). Überwiegend wird jetzt jedoch angenommen, daß zwischen dem Verlust (bzw. der Entziehung) der Rechtsfähigkeit und der Auflösung des Vereins scharf zu unterscheiden sei, da ersteres nicht ohne weiteres auch die Auflösung zur Folge habe, daß also der Verein, der aus irgendeinem Grunde seiner Rechtsfähigkeit verlustig gegangen ist, falls nicht außerdem noch ein Auflösungsgrund vorliegt, unter Beibehaltung seiner Organisation noch als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehen könne (vgl. RGRKomm., § 42 Anm. 1, § 43 Anm. 1; Planck, § 41 Anm. 1; Staudinger, § 41 Anm. 14, § 42 Anm. 3 und 11, § 43 Anm. 14). Aber auch hier wiederum teilen sich die Meinungen. Während ein Teil des Schrifttums die Eröffnung des Konkurses (im Gegensatz zu der Entziehung der Rechtsfähigkeit in den Fällen des § 43 Abs. 2 bis 4) als absoluten Auflösungsgrund ansieht, hält Planck sein organisches Fortbestehen auch in diesem Falle für möglich, sofern dies in der Satzung vorgesehen ist, und der RGRKomm. (§ 42 Anm. 1) außerdem auch dann, wenn die Mitgliederversammlung den Fortbestand beschließt. In der Rspr. ist zu dieser Frage, soweit ersichtlich, nur vom OLG. Hamburg: HöchstRRspr. 1933 Nr. 1634 und vom LG. Düsseldorf: JW. 1933, 1150[2] Stellung genommen worden. Letzteres hält in allen Fällen, wo über das Vermögen eines rechtsfähigen Vereins der Konkurs eröffnet ist und dieser deshalb die Rechtsfähigkeit verloren hat, mangels Anwendbarkeit des § 45 BGB., eine Liquidation (§ 47 BGB.) für notwendig, scheint also die Auflösung des Vereins als selbstverständliche und unvermeidliche Folge der Konkurseröffnung anzusehen. Das OLG. Hamburg hält ein organisches Fortbestehen des Vereins nach Konkurseröffnung nicht nur für möglich, sondern stellt es sogar als den Regelfall hin, da es eine Vermutung, daß das Fortbestehen nicht gewollt sei, nicht gebe.

Nach Ansicht des Senats ist davon auszugehen, daß die Auflösung eines Vereins begrifflich die Beendigung seines Daseinszweckes bedeutet, so daß nach erfolgter Auflösung nur noch die Abwicklung aller Vermögensangelegenheiten in Betracht kommt. Der Verlust der Rechtsfähigkeit schließt jedoch den organischen Fortbestand des Vereins als solchen und die weitere Verfolgung seines Daseinszweckes in keiner Weise aus. Insofern treffen also die Vorschr. der §§ 42, 43, 45, 73, in denen der Verlust bzw. die Entziehung der Rechtsfähigkeit der Auflösung des Vereins (§§ 41, 45) gegenübergestellt wird, durchaus das Richtige. Jedoch ergibt sich daraus noch nicht, daß der Verein trotz des Verlustes der Rechtsfähigkeit in der Regel organisch als nicht rechtsfähiger Verein fortbesteht; vielmehr hängt der Fortbestand von den Umständen des

Einzelfalles ab. Im Falle der Konkurseröffnung, die allein hier in Frage steht, wird in aller Regel für ein organisches Fortbestehen des Vereins kein Raum mehr sein; vielmehr pflegt alle weitere Betätigung nur noch der Abwicklung der Vermögensangelegenheiten zu dienen, hört dagegen die weitere Verfolgung seines Daseinszweckes sowie jede sonstige Betätigung eines lebenden Vereins, wie der Beitritt neuer Mitglieder, die Einziehung von Mitgliederbeiträgen für die Folgezeit usw., von selbst auf, ohne daß es noch eines besonderen Auflösungsbeschlusses bedürfte. Insofern kann also der Auffassung des OLG. Hamburg nicht beigestimmt werden, ohne daß deshalb eine Vorlegung der Sache an das RG. gem. § 28 Abs. 2 FGG. erforderlich würde, da es sich hierbei nur um eine Willensauslegung auf Grund allgemeiner Erfahrung, nicht um die Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschr. handelt. Jedoch kann in der Satzung der Fortbestand des Vereins als solchen auch für den Fall des Verlustes der Rechtsfähigkeit bestimmt werden und steht solche Satzungsbestimmung — sofern der Verein nicht etwa im öffentlichen Interesse aufgelöst wird, wie insbes. im Falle des § 2 RVerG. — der Auflösung des Vereins entgegen, so daß dieser trotz Verlusts der Rechtsfähigkeit fortbesteht. Fehlt es an solcher Satzungsbestimmung, dann ist im Fall der Konkurseröffnung der Verein grundsätzlich als aufgelöst anzusehen; in einigen Fällen der Entziehung der Rechtsfähigkeit (z. B. Abs. 2 bis 4 des ursprünglichen § 43 BGB.) kann sich der Fortbestand des Vereins sogar auch sonst aus den Umständen ergeben. Hiernach ist davon auszugehen, daß auch im vorl. Falle der Verein durch die Eröffnung des Konkursverfahrens — zunächst jedenfalls — aufgelöst worden ist, da die Satzung keine entgegenstehende Best. enthält.

Weiterhin bedarf jedoch noch die Frage der Prüfung, ob ein Verein, wenn er mangels besonderer Satzungsbestimmung infolge der Konkurseröffnung nicht nur seiner Rechtsfähigkeit verlustig gegangen, sondern auch als aufgelöst anzusehen ist, diese Auflösung noch wieder aufheben kann, wie dies im vorl. Falle offenbar beabsichtigt ist. Hiergegen scheint die Vorschr. des § 45 BGB. zu sprechen, wonach „mit der Auflösung des Vereins“ (oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit) das Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen fällt; dies läßt dem ersten Anschein nach auf ein unentziehbares Recht schließen (so daher auch Oertmann, § 45 BGB., Erl. 2 a; RGRKomm., § 45 BGB. Anm. 1, freilich im Widerspruch zu § 42 Anm. 1; Planck, § 45 BGB., Anm. 2; Staudinger, § 45 BGB., Anm. 12). Jedoch steht diese Annahme nicht in Einklang mit der im übrigen herrschenden Auffassung, daß grundsätzlich die Auflösung einer Gesellschaft (i. w. S.) wieder aufgehoben werden kann, sofern wenigstens die Gesellschaft nicht schon erloschen war und die Auflösung auch nicht auf einer zwingenden gesetzlichen Vorschr. beruhte (vgl. RGZ. 106, 63 ff. = JW. 1924, 169; RGZ. 118, 337 = JW. 1928, 633; KG.: JW. 1925, 640 [7]). Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Grundsatz nicht auch auf den Verein Anwendung finden sollte. Insbes. schließt die Vorschr. des § 45 BGB. die Wiederaufhebung der Auflösung nicht aus, da sie ihrem Sinne nach eine endgültige Beendigung der bisherigen Zweckgebundenheit des Vereinsvermögens und somit eine endgültige Auflösung des Vereins voraussetzt, es sich hier aber gerade um die Frage handelt, ob die Auflösung bereits eine endgültige ist. In den Kommissionsverhandlungen zum Entwurf des BGB. war auch vorgeschlagen worden, dem § 39 des Entwurfs (jetzigen § 42 BGB.) eine Vorschr. beizufügen, wonach für den Fall, daß bei Beendigung des Konkursverfahrens Vermögen übrig bleibt, der Verein wiederauflebt (oder: die Auflösung als nicht erfolgt gilt); hiervon hat man nur deshalb Abstand genommen, weil man für diese seltenen Fälle eine Sondervorschr. nicht für ratsam hielt und weil man die Ansicht vertrat, daß in diesen Fällen der „Rekonstruktion durch einen neuen Rechtsakt“ nichts entgegenstehe (vgl. Prot. VI 118). Ist ein Verein trotz abgeschlossenen Konkurses noch lebensfähig geblieben, so ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb man sein Wiederaufleben mit dem ihm verbliebenen Vermögen nicht zulassen sollte; selbstverständlich könnte er zunächst nur als nicht rechtsfähiger Verein wieder aufleben. Das Anfallsrecht, das § 45 BGB. regelt, beruht nicht etwa darauf, daß die Anfallsberechtigten ein schutzwürdiges Anrecht auf den Anfall hätten, sondern lediglich darauf, daß letzten Endes jemand vorhanden sein muß, dem das verbleibende Vermögen ausgehändigt wird. Hiernach hat die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Vereins im vorl. Falle zunächst zwar zugleich dessen Auflösung zur Folge gehabt, ist es aber, da die Liquidation noch nicht durchgeführt ist, rechtlich nicht ausgeschlossen, die Auflösung durch Beschluß der Mitgliederversammlung noch wieder aufzuheben; hierbei kann dahingestellt bleiben, ob der Beschluß zu seiner Gültigkeit der Zustimmung aller Mitglieder (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB.) oder nur der Zustimmung der für satzungsändernde Beschlüsse erforderlichen Mehrheit oder gar nur einfacher Stimmenmehrheit bedarf (vgl. hierzu RGZ. 118, 341 = JW. 1928, 633).

Nach diesen einleitenden Ausführungen ist nunmehr eine Prüfung der einzelnen Punkte der in Aussicht genommenen Tagesordnung daraufhin, ob sie zulässig sind, möglich.

I. Wahl der Liquidatoren (Punkt 1 der Tagesordnung).

Das LG. hält eine Beschlußfassung über die Wahl von Liquidatoren mindestens zur Zeit für unzulässig, indem es folgendes ausführt: Eine Liquidation könne erst stattfinden, wenn sich nach Beendigung des Konkursverfahrens herausstelle, daß noch Vermögen vorhanden sei; in diesem Falle erfolge nach § 48 Abs. 1 BGB. die Liquidation grundsätzlich durch den Vorstand, falls nicht nach der Satzung andere Personen dazu berufen seien; allerdings könne auch die Mitgliederversammlung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 BGB. andere Personen zu Liquidatoren bestellen; dies sei jedoch nur unter gleichzeitiger Abberufung des Vorstandes zulässig; eine solche Abberufung sei aber offenbar nicht beabsichtigt, da sich der Verein noch nicht im Liquidationszustande befinde und er deshalb für die Zwecke des Konkurses noch eines Vorstandes nach § 26 Abs. 1 BGB. bedürfe; falls auf Grund des Punktes 1 der Tagesordnung etwa beabsichtigt sei, eine Satzungsänderung dahin vorzunehmen, daß für den Fall der Liquidation zu deren Durchführung nicht der Vorstand, sondern andere Personen berufen seien, so komme eine solche Absicht in der Fassung der Tagesordnung nicht zum Ausdruck.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Wenn auch eine Liquidation im Anschluß an ein Konkursverfahren nur stattfinden kann, falls dem Verein nach Konkurseröffnung noch Vermögen zufällt, das gem. § 1 KO. vom Konkursverfahren nicht erfaßt wird, oder falls nach Beendigung des Konkursverfahrens aus der Konkursmasse noch Aktivvermögen übrig ist, so ist doch das etwaige Fehlen von Aktivvermögen nur ein tatsächlicher Hinderungsgrund für die Durchführung der Liquidation, nicht ein rechtlicher Hinderungsgrund dafür, daß der Verein mit der Konkurseröffnung zugleich in das Liquidationsstadium getreten ist; zu den Aufgaben der Liquidatoren gehört es insbes. auch, festzustellen, ob noch zu liquidierendes Vermögen vorhanden ist, und zutreffendenfalls, dieses zu erfassen. In das Liquidationsstadium tritt der Verein mit seiner Auflösung. Durch die Konkurseröffnung wird, da diese die Auflösung des Vereins zur Folge gehabt hat, lediglich die Durchführung der Liquidation aufgeschoben, nicht jedoch der Eintritt des Liquidationsstadiums verhindert (vgl. auch Staudinger, 10. Aufl., § 47 BGB., Anm. 2 Abs. 2). Demzufolge ist es seit der Auflösung des Vereins, d. h. also seit der Konkurseröffnung, zulässig, Beschluß darüber zu fassen, ob die Liquidation durch den zunächst hierzu berufenen Vorstand erfolgen soll oder ob andere Personen zu Liquidatoren bestellt werden sollen (vgl. § 48 Abs. 1 BGB.), auch wenn noch nicht feststeht, ob überhaupt ein liquidationsfähiges Vermögen vorhanden ist. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb man genötigt sein sollte, mit solcher Beschlußfassung bis zur Beendigung des Konkursverfahrens zu warten; andernfalls würde sogar die Gefahr bestehen, daß man mit dieser Beschlußfassung zu spät kommt. Selbstverständlich ist, daß die Liquidatoren, wenn der Liquidation ein Konkursverfahren vorausgeht, als solche erst in Tätigkeit treten können, wenn dem Verein konkursfreies Vermögen zufällt oder wenn das Konkursverfahren beendet ist und den Liquidatoren demgemäß das übriggebliebene Aktivvermögen auszuhändigen ist. Soweit es im Konkursverfahren der Mitwirkung des Vorstandes bedarf, bleibt dieser als solcher im Amt, da für die Zwecke des Konkurses der Verein als fortbestehend gilt. Die Aufgabe des Vorstandes ist es hierbei, überall da mitzuwirken, wo nach den Vorschriften der KO. der Gemeinschuldner als solcher tätig zu werden hat oder sich betätigen kann (vgl. auch BayObLG.: JFG. 2, 216). Eine ganz andere Aufgabe haben dagegen die Liquidatoren; ihnen liegt es ob, alle diejenigen Vermögensangelegenheiten des Vereins abzuwickeln, die vom Konkursverfahren gerade nicht betroffen sind. Da der Verein mit der Konkurseröffnung zugleich in das Liquidationsstadium getreten ist, steht deshalb nichts im Wege, daß die Liquidatoren schon zu einer Zeit gewählt werden, wo der Vorstand für die Zwecke des Konkurses noch im Amte ist. Zweifelhaft könnte höchstens noch sein, ob nicht nach der Satzung des hier in Rede stehenden Vereins die Bestellung besonderer Liquidatoren als ausgeschlossen anzusehen ist, weil satzungsmäßig vorgeschrieben ist, wer Vorstand des Vereins ist (der jeweilige Inhaber eines bestimmten Amts). Man könnte daher auf den Gedanken kommen, hieraus zu schließen, daß der satzungsmäßig berufene Vorstand satzungsgemäß ohne weiteres auch zum etwaigen Liquidator berufen sei; jedoch ist ein solcher Schluß keineswegs zwingend und liegt deshalb kein ausreichender Anlaß vor, die Anwendung der Vorschr. des § 48 Abs. 1 Satz 2 BGB. als satzungsmäßig ausgeschlossen anzusehen. Der Punkt 1 der Tagesordnung (Wahl der Liquidatoren) hat, da er die Durchführung der Liquidation betrifft, auch einen Gegenstand, in Ansehung dessen der Verein auf Grund des § 49 Abs. 2 BGB. als fortbestehend gilt, so daß auch in dieser Hinsicht der Anwendung des § 37 Abs. 2 BGB. nichts im Wege steht. Hiernach

ist dieser Punkt der Tagesordnung entgegen der Auffassung des LG. zulässig, so daß insoweit der weiteren Beschw. der Vereinsmitglieder stattzugeben und, unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses, die erste Beschw. des Vereinsvorsitzenden zurückzuweisen ist.

II. Beschlußfassung über Fortbestehen des Vereins und Satzungsänderung hinsichtlich der Anfallsberechtigten (Punkt 2 der Tagesordnung).

Das LG. führt gegenüber der Ablehnung dieses Punktes der Tagesordnung durch das AG. mit Recht aus, daß es sich hierbei keineswegs um eine solche Verwertung des Vereinsvermögens handelt, durch welche in die Rechte des Konkursverwalters eingegriffen wird, sondern lediglich um eine Beschlußfassung darüber, was mit dem (konkursfreien oder) nach Beendigung des Konkursverfahrens etwa übrig bleibenden Vermögen geschehen soll. Der in dieser Hinsicht in Aussicht genommene Beschluß setzt sich, wie eine genauere Prüfung seines Inhalts ergibt, aus zwei Teilen zusammen, die einer selbständigen Betrachtung zu unterziehen sind: Erstens soll der durch die Konkurseröffnung in Ermangelung einer entgegenstehenden Satzungsbestimmung zunächst aufgelöste Verein als nicht rechtsfähiger Verein bestehen bleiben, soll also die Auflösung des Vereins wieder aufgehoben werden; zweitens soll für den Fall einer erneuten Auflösung des Vereins sowie auch für den Fall, daß ein rechtsgültiger Beschluß über das Fortbestehen des Vereins nicht zustande kommt, die bisherige satzungsmäßige Regelung der Frage, an wen das Vereinsvermögen fällt, geändert werden.

Der erste Teil eines solchen Beschlusses ist, wie die einleitenden Ausführungen ergeben, trotz Konkurseröffnung noch zulässig. Er betrifft auch einen Punkt, in Ansehung dessen der Verein trotz Verlustes der Rechtsfähigkeit auf Grund des § 49 Abs. 2 BGB. noch als fortbestehend gilt; denn er ist insofern von ausschlaggebender Bedeutung für die Durchführung der Liquidation, als das nach Tilgung aller Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen nicht an die im Falle der Auflösung des Vereins nach dessen Satzung oder nach den gesetzlichen Best. (§ 45 BGB.) anfallsberechtigten Personen, sondern an den fortbestehenden Verein auszuantworten ist (vgl. Planck, § 41 BGB., Anm. 1 Abs. 2). Daher muß auch eine Ermächtigung zur Einberufung einer Mitgliederversammlung, in der über die Wiederaufhebung der Auflösung des Vereins Beschluß gefaßt werden soll, auf Grund der Vorschr. des § 37 Abs. 2 BGB. für zulässig erachtet werden; wenn diese Vorschr. grundsätzlich auch nur für rechtsfähige Vereine gilt, so ist doch auf Grund des § 49 Abs. 2 BGB. der Verein trotz des Verlustes der Rechtsfähigkeit für die Zwecke der Liquidation noch wie ein rechtsfähiger Verein zu behandeln.

Besondere Bedenken ergeben sich hinsichtlich des zweiten Teiles dieses Punktes der Tagesordnung. Sobald das Fortbestehen des Vereins als nicht rechtsfähiger Verein beschlossen ist, ist dieser zwar wieder in der Lage, seine Satzung beliebig zu ändern und auch für den Fall erneuter Auflösung eine anderweite Regelung zu treffen. Jedoch hat ein derartiger Beschluß mit der Liquidation, die ja gerade durch die Wiederaufhebung der Auflösung abgewendet wird, nichts mehr zu tun. Deshalb gilt der Verein insoweit nicht mehr als rechtsfähig und hat er daher insofern nur die Stellung eines nicht rechtsfähigen Vereins i. S. des § 54 BGB. Da jedoch weder der § 54 BGB. über die nicht rechtsfähigen Vereine noch die §§ 705 ff. BGB. über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf welche im § 54 verwiesen wird, eine dem § 37 Abs. 2 BGB. entsprechende Vorschr. enthalten, da man ferner auch nicht annehmen kann, daß § 37 Abs. 2 BGB. auf die nicht rechtsfähigen Vereine entsprechend anwendbar sei (vgl. RGRKomm., 8. Aufl., § 37 Anm. 3; Staudinger, BGB., 10. Aufl., § 54 Anm. 26), würde eine Ermächtigung der Antragsteller zur Einberufung einer Mitgliederversammlung mit einer solchen Tagesordnung nicht zulässig sein.

Jedoch ist der Ermächtigungsantrag nicht dahin zu verstehen, daß unter allen Umständen sowohl das Fortbestehen des Vereins als solchen, als auch die Satzungsänderung bzgl. des Anfallsrechts beschlossen werden soll. Es ist vielmehr anzunehmen, daß der Beschluß über die Satzungsänderung auch für den Fall in Aussicht genommen ist, daß ein rechtsgültiger Beschluß des Inhalts, daß der Verein als solcher fortbestehen soll, nicht zustande kommt. Deshalb bedarf noch die weitere Frage der Prüfung, ob die Mitgliederversammlung unter Aufrechterhaltung der Auflösung noch eine Änderung der Satzung hinsichtlich der Anfallsberechtigten beschließen kann, und ob demzufolge die Ermächtigung zur Einberufung der Mitgliederversammlung mit einer solchen Tagesordnung erteilt werden darf, oder ob dem die Vorschr. des § 45 BGB. entgegensteht. Im Schrifttum wird, soweit ersichtlich, allgemein angenommen, daß nach Auflösung des Vereins eine satzungsmäßige Best. der Anfallsberechtigten nicht mehr erfolgen könne (vgl. RGR-Komm., § 45 BGB., Anm. 1; Planck, § 45 BGB., Anm. 2 a sowie die weiter dort angeführten Schriftsteller; Staudinger, BGB., 10. Aufl., § 45 Anm. 12). Hierfür scheint auch der Wortlaut des § 45 BGB. in der Tat zu sprechen. Jedoch ergeben die oben bereits angeführten Erwägungen über den Zweck des § 45 BGB. und das fehlende schutzwürdige Interesse der Anfallsberechtigten, daß ein Ausschluß einer späteren satzungsmäßigen Regelung — wenigstens in den Fällen, wo die Auflösung des Vereins nicht auf Beschluß der Mitgliederversammlung, sondern auf Grund besonderen Rechtsakts infolge Verlusts der Rechtsfähigkeit erfolgt — nicht i. S. des Gesetzes liegen kann; die Änderung der Satzung bzgl. der Anfallsberechtigten muß vielmehr mindestens in diesen Fällen auch noch nach der Auflösung des Vereins, falls diese nicht etwa auf zwingender gesetzlicher Vorschr. beruht, solange für zulässig erachtet werden, als die Liquidation noch nicht durchgeführt ist. Es liegt kein Anlaß vor, darüber hinaus dem aufgelösten Verein, der für die Zwecke der Liquidation als fortbestehend gilt und dem daher das Vereinsvermögen einstweilen auch noch gehört, die Befugnis zur anderweiten Best. der Anfallsberechtigten zu versagen. Ebensowenig steht etwas im Wege, die Ermächtigung zur Einberufung einer Mitgliederversammlung, in der nach erfolgter Auflösung des Vereins noch über eine solche Satzungsänderung Beschluß gefaßt werden soll, auf Grund des § 37 Abs. 2 BGB. zu erteilen, da es sich auch hierbei um eine die Durchführung der Liquidation betreffende Frage handelt, so daß der Verein insoweit gem. § 49 Abs. 2 BGB. die Rechtsstellung eines rechtsfähigen Vereins behalten hat. Hiernach ist eine auf Grund des § 37 Abs. 2 BGB. berufene Mitgliederversammlung des im Konkurse befindlichen Vereins für befugt zu erachten, unter Aufrechterhaltung der Auflösung des Vereins eine Satzungsänderung bzgl. des Anfallsrechts zu beschließen.

Ob die Mitgliederversammlung das Fortbestehen des Vereins als solchen oder die erwähnte Satzungsänderung unter Aufrechterhaltung der Auflösung des Vereins beschließen will, muß ihr überlassen bleiben. Ein Beschluß, der beides enthält, würde sich allerdings nicht mehr im Rahmen des Liquidationsverfahrens halten und würde deshalb die Befugnisse einer auf Grund des § 37 Abs. 2 BGB. einberufenen Mitgliederversammlung des nur noch zum Zwecke der Liquidation als rechtsfähig geltenden Vereins überschreiten. Jedoch kann bei der gerichtlichen Entsch., ob die Ermächtigung auf Grund des § 37 Abs. 2 BGB. erteilt werden soll, davon ausgegangen werden, daß die daraufhin einberufene Mitgliederversammlung die Grenzen ihrer Befugnisse einhält. Deshalb ist auch der Punkt 3 der Tagesordnung, obwohl er zwei nicht miteinander vereinbare Teile enthält, zuzulassen, so daß die weitere sofortige Beschw. des Vorstandes gegen die Zulassung dieses Punktes der Tagesordnung in vollem Umfange zurückzuweisen ist.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 3. Okt. 1935, 1 Wx 495/35.) [Sch.]

*

15. §§ 54, 1939, 2084, 2174 BGB. Die letztwillige Zuwendung eines Bruchteils des Vermögens an einen nicht rechtsfähigen Verein ist unter Umständen als Vermächtnis an die jeweiligen Mitglieder des Vereins auszulegen. Der Anspruch aus einem solchen Vermächtnis wird Vereinsvermögen, so daß der Vorstand über die Annahme oder Ausschlagung zu befinden hat.

Der am 30. Dez. 1927 verstorbene Kunsthändler Max H. hat in seinem Testament je 1/3 seines Nachlasses den Vereinen A., B. und C. zur Verwendung für wohltätige Vereinszwecke zugewendet; für den Fall, daß einer von diesen drei Erben aus irgendeinem Grunde ausfällt, hat er die übrigen zu Ersatzerben bestimmt. Während die Vereine A. und B. rechtsfähig sind, ist der Verein C. ein nicht rechtsfähiger Verein mit vielen 1000 Mitgliedern. Die Vereine A. und B. haben die Erbschaft angenommen und in notarieller Erbscheinsverhandlung sogar die Auffassung vertreten, daß sie infolge des Ausfalls des nicht rechtsfähigen Vereins C. an dessen Stelle als Ersatzerben getreten und deshalb Erben zu je 1/2 geworden seien. Das Nachlaßgericht legt jedoch das Testament hinsichtlich der Zuwendung an den Verein C. dahin aus, daß diejenigen, die zur Zeit des Erbfalls Vorstandsmitglieder dieses Vereins gewesen seien, als Erben bzgl. des ihm zugewendeten Drittels anzusehen seien. In notarieller Erbscheinsverhandlung beantragten deshalb 6 von diesen Vorstandsmitgliedern, einen gemeinschaftlichen Teilerbschein bzgl. dieses Drittels auszustellen, indem sie als diejenigen, die zur Zeit des Erbfalls den Vorstand des Vereins gebildet haben, 52 Personen namentlich aufführten und eidesstattlich versicherten, daß diese sämtlich die Erbschaft angenommen hätten. Das Nachlaßgericht stellte daraufhin im Jahre 1930 einen Teilerbschein aus, durch den die 52 Vorstandsmitglieder als Erben zu je 1/150 ausgewiesen wurden. Auch die Vereine A. und B. haben Teilerbscheine über ihre Erbteile zu je 1/3 erhalten.

Zu dem Nachlasse gehört ein Grundstück, auf dem eine Sicherungshypothek für X. zur Sicherung von dessen Forderungen gegen Y. aus der Geschäftsverbindung des letzteren mit X. eingetragen steht. Nachdem diese Forderungen fällig geworden sind, beabsich-

tigt X. (der BeschwF.) in das Grundstück, das noch auf den Namen des Erblassers eingetragen ist, zu vollstrecken; er stößt hierbei aber dadurch auf erhebliche Schwierigkeiten, daß ein großer Teil der in dem einen Teilerbschein als Erben aufgeführten 52 Vorstandsmitglieder inzwischen entweder verstorben oder in das Ausland verzogen ist. Er hält diesen Teilerbschein auch für unrichtig, weil infolge Ausfalls des nicht rechtsfähigen Vereins C. als Erben die beiden anderen bedachten Vereine A. und B. insoweit zugleich Ersatzerben geworden seien; außerdem bezweifelt er, daß der Verein C. nach seiner Satzung zur Zeit des Erbfalls überhaupt 52 Vorstandsmitglieder hätte haben können und daß diese sämtlich die Erbschaft angenommen hätten, da mehrere von ihnen geantwortet hätten, daß ihnen der Erblasser sowie der Erbfall völlig unbekannt sei. Deshalb hat er beantragt, hinsichtlich dieses Drittels einen Teilnachlaßpfleger für die noch unbekannten Erben zu bestellen. Das Nachlaßgericht hat daraufhin zwar den über dieses Drittel ausgestellten Erbschein eingezogen, aber nur deshalb, weil es einen Zusatz für erforderlich hält, daß die 52 Personen „in ihrer Eigenschaft als Vorstandsmitglieder des Vereins C." Erben geworden seien. Den Antrag auf Anordnung einer Teilnachlaßpflegschaft hat es jedoch abgelehnt. Auch das LG. hat die hiergegen eingelegte Beschw. zurückgewiesen, indem es die Testamentsauslegung des Nachlaßgerichts gebilligt hat. Die nunmehr eingelegte weitere Beschw. konnte bei abweichender Testamentsauslegung im Ergebnis nicht zum Erfolge führen.

Den Vorinstanzen ist zunächst darin beizustimmen, daß der Antragsteller in seiner Eigenschaft als Nachlaßgläubiger gemäß § 1961 BGB. berechtigt ist, die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft zu beantragen, weil er den gegen den Nachlaß sich richtenden Anspruch gerichtlich geltend zu machen beabsichtigt. Die Entsch. hängt daher davon ab, ob ein Bedürfnis für eine solche Anordnung deshalb besteht, weil die Erben bzgl. dieses Drittels noch unbekannt sind oder weil noch ungewiß ist, ob sie die Erbschaft angenommen haben (vgl. § 1961 i. Verb. m. § 1960 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Diese Voraussetzung hält jedoch das LG., ebenso wie das Nachlaßgericht, nicht für gegeben. Zuzustimmen ist den Vorinstanzen darin, daß der Verein C., da er ein nicht rechtsfähiger Verein ist, als solcher nicht Erbe geworden sein kann, daß aber aus diesem Grunde die Zuwendung an ihn nicht etwa — mindestens nicht ohne weiteres — gänzlich hinfällig geworden ist. Zutreffend wird hierbei auf die Auslegungsregel des § 2084 BGB. verwiesen, wonach zu prüfen ist, ob nicht eine andere Auslegung, bei der die Verfügung Erfolg haben kann, möglich ist, und wonach bejahendenfalls einer solchen Auslegung im Zweifel der Vorzug zu geben ist (vgl. RG.: JW. 1911, 115[53] = Warn. 1911 Nr. 89). Daß die Anordnung des Erblassers nicht völlig unzweideutig ist, ergibt sich schon daraus, daß, wie auch das LG. annimmt, der Erblasser sich der Unmöglichkeit, den Verein C. wegen dessen Eigenschaft als nicht rechtsfähiger Verein zum Erben einzusetzen, offenbar nicht bewußt gewesen ist. Mit Recht hebt das LG. deshalb hervor, daß es nicht etwa darauf ankommt, ob der Erblasser sich der Möglichkeit einer anderweiten Auslegung seiner Anordnung bewußt gewesen ist und diese demnach tatsächlich in seinen Willen aufgenommen hat, sondern darauf, was er gewollt haben würde, wenn er sich der Schwierigkeiten, die der Verwirklichung seines eigentlichen Willens entgegenstehen, in vollem Umfange bewußt gewesen wäre; in ständiger Rspr. wird der Auslegung gerade bei letztwilligen Verfügungen in dieser Hinsicht ein besonders weiter Spielraum eingeräumt (vgl. RGZ. 99, 85; 110, 306; 134, 280 = JW. 1932, 1355). Auch ist dem LG. darin beizustimmen, daß es bei einer solchen Auslegung ausschlaggebend auf den Zweck ankommt, den der Erblasser mit seiner Anordnung verfolgt hat (vgl. RG.: Gruch. 28, 928; RG.: JW. 1911, 116). Als solchen Zweck stellt das LG. entsprechend dem Inhalt des Testaments ohne Rechtsirrtum fest, daß der Erblasser dieses Drittel den von dem Vereine satzungsmäßig verfolgten wohltätigen Zwecken habe zukommen lassen wollen. Wenn es dann aber weiter ausführt, daß dieser Erfolg nur dadurch erreicht werden könne, daß die Vorstandsmitglieder des Vereins C. als die Erben angesehen würden, so entbehrt diese Annahme jeglicher Begr. Freilich ist anzuerkennen, daß diese Auslegung rechtlich möglich ist. Jedoch hat das LG. hierbei übersehen, daß es auch noch andere Möglichkeiten gibt, wie der genannte Zweck, vielleicht sogar sicherer und leichter, verwirklicht werden kann, und hat es deshalb unterlassen, die verschiedenen in Betracht kommenden Möglichkeiten gegeneinander abzuwägen. Auf die einzelnen Möglichkeiten, die für die Auslegung in Betracht kommen, wird nachstehend noch näher eingegangen. Hiernach entbehrt die Entsch. des LG. einer ausreichenden Begr. und ist sie daher wegen Verstoßes gegen § 25 FGG. rechtlich nicht haltbar, so daß der Senat in der Lage ist, die verschiedenen Möglichkeiten selbständig einer Prüfung zu unterziehen. Hiervon hängt die Beurteilung der hier zu entscheidenden Frage ab, ob die Erben bzgl. des dem Verein C. zugewendeten Drittels als bekannt anzusehen sind oder nicht.

Die Frage, wie die Erbeinsetzung eines nicht rechtsfähigen Vereins auszulegen ist, ist im Schrifttum außerordentlich umstritten. Sicher ist, daß der nicht rechtsfähige Verein als solcher nicht Erbe sein kann, weil die Erlangung der Rechtsstellung eines Erben die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Im allgemeinen wird deshalb angenommen, daß in solchem Falle regelmäßig diejenigen als bedacht anzusehen sind, die zur Zeit des Erbfalles Mitglieder des Vereins waren. Jedoch gehen auch hierbei die Meinungen darüber auseinander, ob die Vereinsmitglieder diese Erbenstellung für sich persönlich, lediglich mit der Auflage, das so Erworbene dem Verein zukommen zu lassen, erlangen oder ob der Erwerb unmittelbar gemeinsames Vermögen der Vereinsmitglieder als solcher zur gesamten Hand wird; im letzteren Falle würde auch über die Annahme und Ausschlagung lediglich der Vorstand des Vereins zu befinden haben und das ererbte Vermögen infolge der Anwachsung (vgl. § 738 BGB.; vgl. auch RGZ. 82, 160; 127, 312) in Wirklichkeit den jeweiligen Mitgliedern des Vereins zustehen, obwohl nur diejenigen, die zur Zeit des Erbfalles Mitglieder waren, Erben geworden sein können. Die erstere Auffassung, die als die herrschende anzusprechen ist, wird insbes. vertreten von Planck, BGB., 4. Aufl., § 54, Erläuterung 3g; RGRKomm., BGB., 8. Aufl., § 54 Anm. 1 S. 69; Kipp, Erbrecht § 1 Anm. 20; anscheinend auch vom RG. in IV 212/12 v. 19. Dez. 1912 (vgl. RGRKomm. a. a. O.) und im Recht 1929 Nr. 975. Für die zweite Auffassung treten vor allem ein: Staudinger, BGB., 10. Aufl., § 54 Anm. 59; Enneccerus-Nipperdey, Bürgerliches Recht, § 109 Anm. 9; Breitbach, Nicht rechtsfähige Vereine und Körperschaften, 1930, S. 74, 120. Zuzugeben ist, daß die letztere Auffassung mehr dem praktischen Bedürfnis entspricht; jedoch erscheint sie unvereinbar mit den Grundgedanken des Erbrechts des BGB., dem eine zweckgebundene Erbenstellung völlig unbekannt ist. Schließt man sich deshalb der ersten Auffassung an, so ist nicht zu verkennen, daß die Annahme, die sämtlichen Vereinsmitglieder vom Tage des Erbfalles seien Erben geworden, im vorl. Falle, wo es sich um einen Verein von vielen tausend Mitgliedern handelt, zu einem praktisch völlig unhaltbaren Ergebnis führen würde. Es kann in der Tat nicht angenommen werden, daß etwas Derartiges dem Willen des Erblassers entspreche. Deshalb ist dem Versuch der Vorinstanzen, die Anordnung des Erblassers dahin umzudeuten, daß nur die Vorstandsmitglieder des Vereins Erben werden sollten, mit der Auflage, das Empfangene dem Verein zuzuwenden, die Berechtigung nicht abzusprechen (vgl. auch RGRKomm. § 54 BGB. Anm. 1). Jedoch stellen sich auch hierbei infolge der Vielgliedrigkeit des Vorstandes fast unüberwindbare Schwierigkeiten heraus. Will man bei der Erbeinsetzung überhaupt eine solche Art von Treuhänderschaft zulassen und als dem vermutlichen Willen des Erblassers entsprechend ansehen, so liegt doch kein hinreichender Grund für die Annahme vor, daß der Erblasser die Aufgabe des Treuhänders so vielen Einzelpersonen übertragen haben würde, welche die Erbenstellung nicht einmal zur gesamten Hand, sondern jeder nur für sich zu einem Bruchteil würden erwerben können; wegen dieser Selbständigkeit der einzelnen Erbteile wäre es auch verfehlt, in den Erbschein den Zusatz: „als Vorstandsmitglieder des Vereins C." aufzunehmen, wie das Nachlaßgericht dies beabsichtigt. Unter diesen Umständen läge es vielleicht näher, die Anordnung des Erblassers dahin auszulegen, daß lediglich der Vorsitzende des Vereins, und zwar entweder derjenige, der diese Stellung zur Zeit des Erbfalles inne hatte, oder, auf Grund Nacherbenrechts, sogar der jeweilige Vorsitzende des Vereins mit dieser Aufgabe betraut werden sollte. Aber auch hierbei ergibt sich die Schwierigkeit, daß der Vorsitzende die Erbenstellung nur für sich persönlich, wenn auch mit einer Auflage belastet, erlangen könnte, und daß deshalb die Entsch. über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft in seine Hand gelegt wäre, ohne daß er von den Vereinsmitgliedern für seine vielleicht aus rein persönlichen Gründen erfolgende Ausschlagung der Erbschaft irgendwie verantwortlich gemacht werden könnte; die Vereinsmitglieder als solche würden hierbei Rechte auf die Erbschaft erst nach deren Annahme durch den Vorsitzenden auf Grund der Auflage erwerben. Unter diesen Umständen läßt sich nicht sagen, daß bei dieser Auslegung der letztwilligen Verfügung das Ziel des Erblassers in einem seinen Absichten entsprechenden Maße sicher erreicht werden würde; daher erscheint auch diese Lösung nicht als befriedigend.

Jedoch läßt sich der Zweck, den der Erblasser bei seiner Zuwendung verfolgt hat, fast restlos verwirklichen, wenn man diese in ein Vermächtnis zugunsten der jeweiligen Mitglieder des Vereins C. umdeutet, so daß diese in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitglieder einen Anspruch auf ein Drittel des reinen Wertes des Nachlasses erlangen (vgl. §§ 1939, 2174 BGB.). Zwar scheint dem zunächst die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB. entgegenzustehen, wonach die Zuwendung eines Bruchteils des Vermögens im Zweifel als Erbeinsetzung anzusehen ist; aber die

Zweifel lassen sich im vorl. Falle dadurch beheben, daß der Wille des Erblassers bei Annahme einer Erbeinsetzung aus den vorstehend dargelegten Gründen sich praktisch nicht mit Sicherheit durchführen läßt, und daß die jeweiligen Vereinsmitglieder als solche, d. h. als Träger eines zweckgebundenen Vermögens überhaupt nicht Erben werden können. Es kommt dem Testierenden im allgemeinen, besonders aber in einem Falle der vorl. Art, weniger darauf an, ob der von ihm bedachte Erbe oder ob er Vermächtnisteilnehmer wird, als darauf, daß dieser den ihm zugewendeten Vermögenswert auf irgendeine Weise wirklich erhält. Bei der Annahme eines Vermächtnisses entfallen auch die Schwierigkeiten, welche nach den vorstehenden Ausführungen der Annahme, daß die Vereinsmitglieder Erben geworden seien, entgegenstanden. Wenn auch dem BGB. eine zweckgebundene Erbenstellung unbekannt ist, so sind doch die Vereinsmitglieder als solche rechtlich in der Lage, einen schuldrechtlichen Anspruch in der Weise zu erwerben, daß er ihnen lediglich in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitgliedern, also in dieser Zweckgebundenheit zusteht, da ein zweckgebundenes Gesellschaftsvermögen als solches vom Gesetze anerkannt ist (§§ 718 ff. BGB.). Dem nicht rechtsfähigen Verein können Schenkungen gemacht und ihm gegenüber auch Schenkungsversprechen in rechtlich bindender Weise abgegeben werden (vgl. OLG. Stuttgart v. 8. Mai 1906: WürttZ. 1907, 141 = Bl. f. RA. 71, 611), so daß kein Hinderungsgrund ersichtlich ist, weshalb es nicht auch zulässig sein sollte, ihm ein Vermächtnis in der Weise zuzuwenden, daß der Anspruch hieraus zweckgebundenes Vereinsvermögen wird, daß also unmittelbar der Vereinsvorstand als solcher über Annahme oder Ausschlagung eines derartigen Vermächtnisses zu entscheiden hat. Insoweit ist daher der oben dargelegten Auffassung von Staudinger, Enneccerus-Nipperdey und Breitbach beizupflichten. Im vorl. Falle führt allein die Annahme eines solchen Vermächtnisses zu einer wirklich praktischen und zugleich dem Willen des Erblassers gerecht werdenden Lösung, so daß sie als gewollt anzusehen ist. Wollte man selbst ein Vermächtnis in dieser Form nicht zulassen, so ließe sich die Zuwendung an den Verein zum mindesten als Auflage an die sonst eingesetzten Erben aufrechterhalten und das Ziel des Erblassers auch auf diesem Wege erreichen (vgl. RG.: Recht 1929 Nr. 975).

Nimmt man demzufolge an, daß den Mitgliedern des Vereins C. das eine Drittel des Nachlasses lediglich in Form eines Vermächtnisses (oder einer Auflage) zugewendet sein kann, so ergibt sich hieraus, daß das dem Verein C. zugewendete Drittel, da dieser mangels Rechtsfähigkeit nicht Erbe werden kann und insofern als Erbe ausfällt, infolge der ausdrücklichen Ersatzerbeinsetzung des Erblassers den beiden anderen eingesetzten Erben, nämlich den Vereinen A. und B., zu gleichen Teilen zugefallen ist, so daß diese tatsächlich Erben nicht nur zu je 1/3, sondern zu je 1/2 geworden sind, wenn auch je 1/3 dieser Erbteile mit dem Vermächtnis zugunsten des Vereins C. belastet ist. Diese beiden Erben haben, wie ihre notariellen Erklärungen ergeben, die ihnen zugefallene Erbschaft bereits angenommen; auch ist ihnen die für diese Annahme erforderliche staatliche Genehmigung bereits erteilt worden. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob i. S. des § 1951 BGB. die Ver. dieser Erben zu dem weiteren 1/6 auf demselben Grunde beruht, oder ob dieser Erbteil selbständig angenommen oder ausgeschlagen werden könnte; denn diese beiden Erben haben in der genannten notariellen Verhandlung bereits zum Ausdruck gebracht, daß sie die Erbschaft auch insoweit annehmen, als sie bzgl. des weiteren 1/6 als Ersatzerben berufen sind. Hiernach sind die Erben des Erblassers Max H. als bekannt anzusehen, ist auch nicht mehr ungewiß, ob sie die Erbschaft angenommen haben, so daß die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft gem. § 1961 i. Verb. m. § 1960 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht vorliegen. Unerheblich ist, daß über das dritte Drittel ihnen ein zusätzlicher Erbschein noch nicht ausgestellt ist.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 17. Okt. 1935, 1 Wx 435/35.) [Sch.]

*

16. §§ 184, 185, 873, 878, 2033, 2040 BGB.

1. Haben die mehreren Erben über einen Nachlaßgegenstand gemeinschaftlich verfügt, ist jedoch die Wirksamkeit der Verfügungserklärung des einen Miterben wegen dessen Minderjährigkeit noch von der Genehmigung des VormGer. abhängig und wird vor dem Wirksamwerden dieser Genehmigung der Erbteil eines anderen Miterben gepfändet, so findet der Abs. 2 des § 184 BGB. keine Anwendung.

2. Verfügt ein Miterbe über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstücksrecht, dann kann seine Verfügungserklärung gemäß § 873 Abs. 2 BGB. bindend und gemäß § 878 BGB. dem Eingreifen einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung entzogen sein, obwohl die Mitwirkung der übrigen Erben noch aussteht.

Als Eigentümer des Grundstücks sind seit 1922 der Gastwirt Peter S. und dessen beide Kinder August und Käthe S., von denen die letztere noch minderjährig ist, in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen. In Abt. III ist unter Nr. 5 eine briefslose Eigentümergrundschuld eingetragen. In notarieller Verhandlung v. 22. Juli 1934 haben die Eigentümer, und zwar der Gastwirt Peter S. zugleich namens seiner minderjährigen Tochter handelnd, diese Eigentümergrundschuld an R. zur Sicherstellung einer Verbindlichkeit der OHG. W. & S. abgetreten. Diese Abtretung ist am 10. Aug. 1934 in das Grundbuch eingetragen worden, obwohl die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Erklärung der minderjährigen Käthe S. nicht beigebracht war.

Durch Beschluß des AG. v. 1. Dez. 1934 ist für den Landwirt O. (den BeschwF.) wegen und in Höhe einer vollstreckbaren Forderung desselben der Anteil des Gastwirts Peter S. an dem Nachlaß gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden. Die Pfändung ist am 20. Dez. 1934 in Abt. II des Grundbuchs eingetragen worden.

Der Pfändungsgläubiger O. hat nunmehr angeregt, gegen die Eintragung der Abtretung der Eigentümergrundschuld Abt. III Nr. 5 an R. einen Amtswiderspruch einzutragen, weil die namens der minderjährigen Käthe S. von ihrem Vater abgegebene Abtretungserklärung mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung unwirksam sei. Inzwischen ist jedoch diese Genehmigung durch Beschluß des VormGer. v. 6. April 1935 nachträglich erteilt und durch den Vater der Käthe S. dem Gläubiger R. am 29. April 1935 auch mitgeteilt worden. Gleichwohl hat der Pfändungsgläubiger sein Verlangen nach Eintragung eines Amtswiderspruchs aufrechterhalten. Das GBA. hat dieses abgelehnt, weil die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung zurückwirke. Das LG. hat die hiergegen eingelegte Beschw. zurückgewiesen. Auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Gemäß § 54 GBO. setzt die Eintragung eines Amtswiderspruchs voraus, daß eine Eintragung in das Grundbuch unter Verletzung gesetzlicher Vorschr. erfolgt, und daß durch diese Eintragung das Grundbuch glaubhaft unrichtig geworden ist. Die Vorinstanzen verkennen zwar nicht, daß die Abtretung nicht hätte eingetragen werden dürfen, ehe nicht die nach den §§ 1643, 1822 Ziff. 10 BGB. erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und deren Mitteilung an den Erwerber der Grundschuld (§ 1829 BGB.) nachgewiesen war. Jedoch nehmen sie mit Recht an, daß die Unrichtigkeit des Grundbuchs, die sich aus dem Fehlen dieser Genehmigung anfangs ergab, nachträglich mit rückwirkender Kraft behoben werden konnte und tatsächlich behoben worden ist.

Wenn auch gem. § 2040 Abs. 1 BGB. die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können und gem. § 2033 Abs. 3 BGB. ein Miterbe über seinen Anteil an dem einzelnen Nachlaßgegenstand nicht verfügen kann, so steht doch dem einzelnen Miterben ein Anteil nicht nur an dem ungeteilten Nachlaß als solchem zu, sondern auch an den einzelnen Nachlaßgegenständen (vgl. RGZ. 94, 243; RG.: LZ. 1931, 509[5]; KGJ. 53, 292; zweifelnd RGRKomm., 8. Aufl., §§ 2033 BGB., Anm. 5). Allerdings besteht die gemeinschaftliche Verfügung nicht etwa darin, daß jeder der Miterben nur über seinen Anteil an dem Nachlaßgegenstand, sondern darin, daß jeder von ihnen über den Nachlaßgegenstand im ganzen verfügt (vgl. RGZ. 125, 131 = JW. 1929, 3295). Jedoch wird durch eine solche Verfügung das Recht des einzelnen Miterben an dem Gegenstande nicht in gleicher Weise betroffen, als wenn ihm dieser allein gehörte, sondern nur bzgl. seines Anteils daran. Andererseits ist der einzelne Miterbe, da er am Nachlaß und daher auch an den einzelnen Nachlaßgegenständen anteilig berechtigt ist, nicht etwa infolge der nur gemeinschaftlichen Verfügungsberechtigung ohne weiteres und uneingeschränkt einem „Nichtberechtigten" i. S. der §§ 185, 873, 878 BGB. gleichzustellen; wenn er auch nicht zur alleinigen Verfügung berechtigt ist, so kommt es doch immerhin auf seine Verfügungserklärung wesentlich mit an. Das Recht des einzelnen Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen äußert sich u. a. darin, daß durch die Pfändung des Erbteils eines Miterben, die ja nicht zugleich eine Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände enthält, nur der Anteil dieses Miterben an ihnen betroffen wird; es wird dadurch nicht etwa die Erbengemeinschaft als solche in der Verfügung beschränkt, sondern nur der Pfändungsschuldner; seine Miterben werden davon nur in gleicher Weise berührt, wie bei der Pfändung einer Forderung der Drittschuldner gemäß § 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO. (vgl. RGZ. 75, 179 = JW. 1911, 364; 86, 295 = JW. 1915, 593; RGWarn. 14, 137; KGJ. 25, A 119). Ist ferner bei der gemeinschaftlichen Verfügung der Erben über einen Nachlaßgegenstand ein Miterbe wegen Minderjährigkeit in der Verfügung beschränkt,

so daß die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder die Genehmigung des VormGer. hinzukommen muß, dann wird auch durch diese Verfügungsbeschränkung nicht etwa das Recht der Erbengemeinschaft, sondern nur das anteilige Recht des minderjährigen Erben betroffen, wenn auch das Fehlen der Genehmigung die Wirkung hat, daß die ganze Verfügung schwebend unwirksam ist. Demzufolge wird, falls der Wirksamkeit einer gemeinschaftlichen Verfügung der Erben mehrere Verfügungsbeschränkungen in der Weise entgegenstehen, daß jede von ihnen einen anderen Miterben betrifft, durch jede dieser Verfügungsbeschränkungen unmittelbar nur die Wirksamkeit der Verfügungserklärung desjenigen Miterben beeinträchtigt, der von der Verfügungsbeschränkung betroffen ist; die Wirksamkeit der Gesamtverfügung wird dadurch nur mittelbar beeinträchtigt. Hiernach ist grundsätzlich die Verfügungserklärung jedes einzelnen Miterben für sich gesondert auf ihre Wirksamkeit zu prüfen und ist die Gesamtverfügung wirksam, wenn jede Einzelverfügung für sich wirksam geworden ist. Daß die gemeinschaftliche Verfügung der mehreren Erben über einen Nachlaßgegenstand nicht in einer einheitlichen Erklärung zu erfolgen braucht, wird in ständiger Rspr. angenommen (vgl. RGZ. 93, 295; 111, 339; 112, 132 = JW. 1926, 1544; 129, 286 = JW. 1930, 2924).

Im vorl. Falle war, als die Pfändung des Erbteils des Peter S. erfolgte, die Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Verfügung der Erben nur noch von der Genehmigung der Verfügungserklärung einer minderjährigen Miterbin, Käthe S., seitens des VormGer. abhängig, da im übrigen die Einigung zwischen den drei Erbbeteiligten einerseits und dem Erwerber der zum Nachlaß gehörigen Eigentümergrundschuld andererseits über deren Übertragung zustandegekommen und sogar auch bereits die Eintragung erfolgt war. Dadurch nun, daß das VormGer. zu der Verfügungserklärung der minderjährigen Miterbin seine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) erteilte und auch die Mitteilung von dieser Genehmigung gem. § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB. erfolgte, wurde zunächst diese Verfügungserklärung und damit mittelbar auch die gemeinschaftliche Verfügung im ganzen wirksam, und zwar gem. § 184 Abs. 1 BGB. mit rückwirkender Kraft. Die Einschränkung des Abs. 2 des § 184 BGB., auf welche der BeschwF. hinweist, greift hierbei in keiner Weise ein. Denn diese Vorschr. setzt voraus, daß das gleiche Verfügungsrecht doppelt ausgeübt wird, und zwar einmal durch eine von keiner weiteren Genehmigung abhängige freiwillige oder zwangsweise Verfügung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts und das andere Mal durch die nachträgliche Genehmigung einer mangels unbeschränkter Verfügungsbefugnis schwebend unwirksam gebliebenen Verfügung über denselben Gegenstand (vgl. Motive I 247; RGZ. 69, 268 f. = JW. 1908, 709; 134, 121 = JW. 1932, 724). Diese Voraussetzung liegt hier jedoch nicht vor. Das Recht der minderjährigen Miterbin am Nachlaß und an den einzelnen Nachlaßgegenständen ist durch die ausschließlich gegen ihren Vater ausgebrachte Pfändung, welche daher lediglich dessen Erbteil und dessen Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen betraf, keiner Verfügungsbeschränkung unterworfen worden, so daß die von ihrem Vater in ihrem Namen abgegebene Verfügungserklärung ohne Behinderung durch eine anderweite Verfügung über das gleiche Recht wirksam werden konnte. Die Berechtigung zur selbständigen Betrachtung der einzelnen Verfügungserklärungen, aus denen sich die gemeinschaftliche Verfügung zusammensetzt, ergibt sich aus den obigen Ausführungen.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man nicht von der Verfügungserklärung der minderjährigen Miterbin, sondern von der ihres Vaters, dessen Verfügungsrecht durch die Pfändung betroffen worden ist, ausgeht, ohne daß es überhaupt einer Heranziehung des § 184 BGB. bedarf. Die Verfügungserklärung des Vaters bedurfte zu ihrer Wirksamkeit zwar der Mitwirkung der Miterben, aber, soweit dadurch lediglich der Anteil der Verfügenden am Nachlaß betroffen wurde, keiner weiteren Genehmigung. Mit dem Augenblick, wo diese Verfügungserklärung für ihn gem. § 873 Abs. 2 BGB. bindend geworden und der Antrag auf Eintragung der Abtretung bei dem GBA. gestellt war, konnte nach § 878 BGB. auch die Pfändung seines Erbteils sowie seine dadurch herbeigeführte Beschränkung in der Befugnis zur Verfügung über die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände, die Wirksamkeit seiner Verfügungserklärung nicht mehr beeinträchtigen. Allerdings war die Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Verfügung im ganzen zu der Zeit, wo die Verfügungsbeschränkung infolge der Pfändung eintrat, noch in der Schwebe, weil die Mitwirkung einer Miterbin, der minderjährigen Käthe S., noch der Genehmigung des VormGer. bedurfte. Jedoch sind auch bei Anwendung der §§ 873 Abs. 2, 878 BGB. die Verfügungen der einzelnen Miterben einer selbständigen Betrachtung zu unterziehen. Denn die Wirkungen dieser Vorschr. treten bereits auf Grund der vertraglichen Verfügung des einzelnen Miterben über den gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstand in Ansehung seiner Verfügungserklärung ein, und zwar selbst dann, wenn die Mitwirkung der übrigen Erben noch völlig fehlt, solange wenigstens diese Mitwirkung nicht endgültig versagt oder deren Wirksamwerden nicht endgültig ausgeschlossen ist. Hierbei kann es dahingestellt bleiben, ob man — in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 93, 292 ff., insbes. 295; 129, 286 = JW. 1930, 2924; RGZ. 130, 128 = JW. 1930, 2943; RG.: JW. 1925, 604 [7]; vgl. freilich auch RGZ. 139, 118 = JW. 1933, 1303) — die Mitwirkung der übrigen Erben in Form von sich anschließenden Verfügungsverträgen mit dem Erwerber verlangt oder ob man — in Übereinstimmung mit der abweichenden und auch im Schrifttum meist gebilligten Rspr. des Sen. (vgl. KGJ. 53, 138; HöchstRRspr. 1933 Nr. 1201; RGRKomm., 8. Aufl. § 2040 BGB. Anm. 1; Planck § 2040 BGB. Anm. 1; JW. 1935, 1407 [8], Anm. von Dr. Matzke) — die Genehmigung der Verfügung des einen (nur anteilig berechtigten) Erben durch die übrigen (mitberechtigten) Erben i. S. des § 185 BGB. für ausreichend erachtet. Denn auch das RG. erkennt in RGZ. 93, 295 den Verfügungsantrag des einzelnen Miterben über einen Nachlaßgegenstand als eine „an sich rechtsbeständige und unumstößliche Verfügung" an, die nur noch des Hinzutritts der gleichartigen Erklärungen der übrigen Erben bedarf (vgl. auch RGZ. 111, 339; 112, 132 = JW. 1926, 1544). Um so mehr ist eine solche Bindung anzunehmen, wenn man — mit dem KG. — die Genehmigungserklärung der übrigen Erben für ausreichend erachtet; dies ergibt sich aus dem den Vorschr. der §§ 109, 178 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken, wonach in solchen Fällen schwebender Unwirksamkeit grundsätzlich nur der „andere Teil", d. h. der Vertragsgegner, und auch dieser nur unter gewissen Umständen, zum Widerruf berechtigt ist (vgl. auch RGZ. 64, 154). Diese Bindung, deren Voraussetzungen gem. § 873 Abs. 2 BGB. hier erfüllt waren, äußert sich darin, daß der einzelne Miterbe, der in solcher Weise vertraglich über den Nachlaßgegenstand verfügt hat, nicht mehr befugt ist, seine Verfügungserklärung zu widerrufen, obwohl die Mitwirkung der übrigen Erben und daher die Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Verfügung im ganzen noch in der Schwebe ist. Gleichwohl hätte gem. § 878 BGB. die nachträgliche Beschränkung dieses am Nachlaßgegenstand anteilig Berechtigten in der Verfügung über seinen Erbteil ihm gegenüber noch wirksam werden können, wenn nicht außerdem bereits der Antrag auf Eintragung der Verfügung über den Nachlaßgegenstand (die Eigentümergrundschuld) bei dem GBA. gestellt gewesen wäre. Tatsächlich war aber nicht nur der Eintragungsantrag gestellt, sondern sogar die Eintragung erfolgt. Daher konnte die Verfügungsbeschränkung des Vaters S., welche durch die Pfändung seines Erbteils vor Wirksamwerden der gemeinschaftlichen Verfügung im ganzen bewirkt wurde, auch deren Wirksamwerden nicht mehr verhindern. Durch das Hinzutreten der allein noch fehlenden vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Verfügungserklärung der minderjährigen Miterbin ist die gemeinschaftliche Verfügung über die Eigentümergrundschuld also endgültig wirksam geworden. Der Heranziehung des § 878 BGB. steht auch nicht etwa die Entsch. in RGZ. 89, 156 f. entgegen, wonach § 878 BGB. auf die Verfügung eines Nichtberechtigten, die erst noch der Genehmigung des Berechtigten gem. § 185 BGB. bedarf, grundsätzlich keine Anwendung findet; denn im vorl. Falle handelt es sich nicht, wie dort, um die Verfügung eines Nichtberechtigten („überhaupt nicht Berechtigten"), sondern um die Verfügung eines, wenn auch nur gemeinschaftlich mit anderen, Berechtigten und bedurfte die Verfügung daher nur der Genehmigung (bzw. Mitwirkung) der übrigen Berechtigten, die in der Verfügung über den Nachlaßgegenstand, soweit sie an ihm beteiligt sind, nicht inzwischen beschränkt worden sind.

Hiernach ist die weitere Beschw. als unbegründet zurückzuweisen, weil das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung der Abtretung nicht mehr unrichtig ist.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 12. Sept. 1935, 1 Wx 353/35.) [Sch.]

*

17. §§ 1910 Abs. 1, 1944 BGB. Die Frist zur Ausschlagung einer Erbschaft wird, falls für den unbeschränkt geschäftsfähigen Erben ein Gebrechlichkeitspfleger bestellt ist, sowohl durch die Kenntnis des Erben selbst als auch durch die Kenntnis des Pflegers von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung in Lauf gesetzt.

In Übereinstimmung mit Planck (BGB. § 1914 Anm. 4) ist anzunehmen, daß der unbeschränkt geschäftsfähige Erbe, dem ein Pfleger i. S. des § 1910 Abs. 1 BGB. bestellt ist, nicht mehr ausschlagen kann, wenn auch nur die mit der Kenntnis des Pflegers beginnende Ausschlagungsfrist abgelaufen ist. Aus dem Gesetz läßt sich aber nicht die weitere Auffassung von Planck herleiten, daß „die von der Kenntnis des Pflegers laufende Frist dem Erben noch zustatten kommt, wenn die Voraussetzungen für den Beginn dieser Frist eingetreten sind,

noch bevor die Erbschaft wegen Beendigung der dem Erben selbständig laufenden Frist als angenommen gilt". Vielmehr gilt die Erbschaft in jedem Falle auch dann als angenommen, wenn die durch die Kenntnis des unbeschränkt geschäftsfähigen Erben in Lauf gesetzte Frist ohne rechtswirksame Ausschlagungserklärung abgelaufen ist. Richtig ist allerdings, daß bei demjenigen, dem ein Gebrechlichkeitspfleger bestellt ist, im Einzelfalle nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse die Möglichkeit einer hinreichenden Kenntnis i. S. des § 1944 BGB. als ausgeschlossen gelten kann. Hat er aber trotz seiner Gebrechlichkeit ausreichende Kenntnis erlangt, so läuft auch — beim Vorhandensein unbeschränkter Geschäftsfähigkeit — die Frist des § 1944 BGB. Nicht überzeugend ist die Erwägung, daß es dem Zwecke der Pflegschaft wenig entsprechen würde, wenn der Pfleger die zur Verfügung stehende Ausschlagungsfrist nicht nach dem Zeitpunkt seiner Kenntnis zu bemessen hätte. Dieser Erwägung steht der Umstand entgegen, daß der unbeschränkt geschäftsfähige Erbe nach dem Gesetz grundsätzlich in der Lage ist, selbst auszuschlagen. Es entspricht daher dem Gesetz, daß die Ausschlagungsfrist sowohl durch seine Kenntnis als auch durch die Kenntnis des Pflegers, der für ihn ausschlagen kann, in Lauf gesetzt wird. Es gilt insoweit das gleiche wie nach der eigenen Auffassung von Planck (a. a. O.) beim Vorhandensein eines gewillkürten Vertreters (s. hierzu auch RGRKomm. z. BGB. § 1944 Anm. 2 Abs. 2).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 26. Sept. 1935, 1 Wx 414/35.) [Sch.]

*

18. §§ 27, 31 Abs. 1, 105, 106, 161 HGB.; §§ 741 ff. BGB. Ein Handelsgeschäft kann von mehreren Erben des bisherigen Inhabers nur in einer der vom Handelsrecht dargebotenen Gesellschaftsformen fortgeführt werden; eine solche Fortführung ist, auch wenn sie auf Grund Auseinandersetzung unter den Erben nur durch einen Teil von ihnen erfolgt, von sämtlichen Erben zum Handelsregister anzumelden.

Am 5. Jan. 1934 verstarb der Drogist Ferdinand Sch., der das unter der Firma „Hirsch-Drogerie Ferdinand Sch." bestehende Geschäft als Einzelkaufmann betrieben hatte. Seine Erben, nämlich seine Witwe und seine drei Kinder, setzten sich in einem notariellen Vertrage v. 14. Sept. 1934 wegen des gesamten Nachlasses auseinander. Dabei wurden der Grundbesitz, insbes. das Geschäftshaus, und das darin betriebene Geschäft einschließlich der Firma mit sämtlichen Aktiven und Passiven zu gleichen Rechten und Anteilen der Witwe und dem Sohne Karl Heinz Sch. überlassen, die demnächst auf Grund einer entsprechenden Auflassung auch im Grundbuche als Miteigentümer eingetragen wurden. Sie meldeten zur Eintragung in das Handelsregister an, daß sie zufolge der Erbauseinandersetzung das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführten. Das RegGer. lehnte die Eintragung ab mit der Begründung, daß einzelne Miterben als solche nach durchgeführter Auseinandersetzung das aus dem Nachlaß übernommene Geschäft nicht fortführen könnten. Eine Beschw. der Antragsteller wurde vom LG. zurückgewiesen. Ihre weitere Beschw. hat nur insofern Erfolg, als dem RegGer. der Erlaß einer Zwischenverfügung aufgegeben werden muß.

Daß die Miterben des Geschäftsinhabers sich über den gesamten Nachlaß, insbes. auch über das Handelsgeschäft, vollständig auseinandergesetzt und damit die zwischen ihnen bestehende Erbengemeinschaft endgültig aufgehoben haben, steht nach dem Inhalte des Vertrages vom 14. Sept. 1934 außer Zweifel und wird von den BeschwF. auch nicht in Abrede genommen. Die zu entscheidende Frage geht hiernach dahin, ob sie gleichwohl gemeinsam, aber ohne jede Angabe über das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis, als Inhaber des bisherigen Einzelhandelsgeschäftes in das Handelsregister eingetragen werden können. Das muß in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen, ebenso wie bereits im Beschl. 1 b X 753/31 (JFG. 9, 111), verneint werden. Dort ist näher ausgeführt, daß — abgesehen von der Fortführung eines ererbten Geschäftes durch eine Erbengemeinschaft — der Betrieb eines Handelsgeschäftes in der Form einer bürgerlichen Gesellschaft, einer sonstigen bürgerlich-rechtlichen Gesamthandsgemeinschaft oder einer Gemeinschaft nach Bruchteilen mit dem Wesen des Handelsrechts im Widerspruch stehe, bei dessen normenmäßiger Ausgestaltung ersichtlich die Erscheinungen des Handelsverkehrs zugrunde gelegt seien, zu denen Gebilde wie die Gesamthands- und Bruchteilsgemeinschaften des bürgerlichen Rechtes nicht gehörten. Aus der Zulassung der Fortführung eines Handelsgeschäftes durch eine Erbengemeinschaft könne nicht der Grundsatz abgeleitet werden, daß schlechthin eine Mehrheit von Personen in der Wahl der Rechtsform, unter der sie ein Handelsgeschäft betreiben wollten, frei sei. Vielmehr liege in jeder, auf § 27 HGB. beruhenden Zulassung die auf einen Sonderfall zugeschnittene Durchbrechung des Grundsatzes, daß ein Handelsgeschäft von mehreren Personen nur in den vom Handelsrecht dargebotenen Rechtsformen betrieben werden könne. Daraus ist dann die Folgerung gezogen, daß nicht einmal eine Erbengemeinschaft in der Lage sei, ein Handelsgeschäft weiterzuführen, das sie nicht ererbt, sondern anderweit erworben oder selbst neu begründet habe. Dieser Rechtsstandpunkt ist aufrechtzuerhalten und läßt sich, gerade im Hinblick auf einen Fall der vorliegenden Art, noch weiter begründen:

Es liegt auf der Hand, daß mehrere Personen ein Handelsgeschäft nicht gemeinsam betreiben können, ohne daß dem irgendein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis zugrunde liegt. Als ein solches Rechtsverhältnis kommt vom Standpunkte der Antragsteller aus, die das Bestehen einer OHG. verneinen, nur entweder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes oder eine Gemeinschaft nach Bruchteilen in Betracht. Beide Rechtsgebilde können jedoch ihrer Natur nach ein Vollhandelsgewerbe nicht betreiben. Das ergibt sich für die erstere ohne weiteres aus §§ 105, 161 HGB. Denn danach ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, begrifflich eine OHG., wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (in zulässiger Weise) beschränkt ist, und eine KommGes., wenn die Beschränkung gem. § 161 Abs. 1 HGB. erfolgt ist. Da eine andere Möglichkeit der Haftungsgestaltung nicht besteht, scheidet die bürgerliche Gesellschaft für den Betrieb eines Vollhandelsgewerbes aus. Eine Gemeinschaft nach Bruchteilen aber ist nichts weiter als die Rechtsform, in welcher das Eigentum oder ein sonstiges Recht mehreren Personen zustehen kann (§ 741 BGB.). Sie hat keinen über die Erhaltung und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes hinausgehenden Zweck (§§ 743 ff. BGB.). Verwenden die Mitberechtigten den Gegenstand zum Betriebe eines Handelsgewerbes, so gehen die dadurch zwischen ihnen entstehenden Rechtsbeziehungen über den Rahmen des bloßen Gemeinschaftsverhältnisses hinaus. Die jener Verwendung notwendig zugrunde liegende, wenn auch nur stillschweigend getroffene Vereinbarung trägt vielmehr alle Merkmale eines Gesellschaftsvertrages (§ 705 BGB.): Die Teilhaber verpflichten sich gegenseitig, die Erreichung eines bestimmten Zweckes, nämlich den gewinnbringenden Betrieb eines Handelsgewerbes, in bestimmter Weise, durch Einbringung von Sachen und Rechten, insbes. der Anteile an den gemeinschaftlichen Gegenständen, möglicherweise auch durch Dienstleistungen, zu fördern. Dabei ist es nicht notwendig, daß die eingebrachten Anteile Gesellschaftsvermögen werden; es genügt auch die Überlassung zur bloßen Nutzung (§ 706 BGB.).

Hieraus folgt zugleich, daß die Antragsteller bereits eine OHG. bilden. Sie befinden sich, wie nicht anders möglich ist, in einer Gesellschaft, die zum gemeinsamen Betriebe des aus dem Nachlasse erworbenen Handelsgeschäftes gebildet ist, und diese Gesellschaft ist, da eine Beschränkung der Haftung auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage bei keinem von ihnen erfolgt ist, nach § 105 HGB. eine OHG. Damit erledigt sich ihre Einwendung, daß sie, was gewiß zutreffend ist, vom RegGer. nicht zur Gründung einer OHG. gezwungen werden könnten. Ein Zwang ist gegen sie nötigenfalls nur dahin auszuüben, daß sie die unter ihnen schon bestehende OHG. gem. § 106 HGB. zur Eintragung anmelden.

Diese Gründe rechtfertigen aber noch nicht die alsbaldige Ablehnung der begehrten Eintragung. Denn die Anmeldung der Antragsteller, daß sie das aus dem Nachlaß übernommene Geschäft fortführten, war nur unvollständig und konnte ohne Schwierigkeit dahin ergänzt werden, daß die Fortführung in der Form einer OHG. geschehe. Hierzu mußte den Antragstellern durch eine Zwischenverfügung Gelegenheit gegeben werden.

Im übrigen leidet die Anmeldung auch noch an einem weiteren Mangel. Sie hat in erster Linie die Änderung der Inhaber der Firma zum Gegenstande. An die Stelle des Erblassers und weiterhin der Erbengemeinschaft sind zwei einzelne Miterben getreten. Nun muß eine unter Lebenden vollzogene Änderung in der Person der Firmeninhaber (§ 31 Abs. 1 HGB.) sowohl von den bisherigen wie von den neuen Inhabern angemeldet werden. Im vorl. Falle müssen also auch die beiden anderen Teilhaber der bisherigen Erbengemeinschaft mitwirken, weil sie zunächst einmal Mitinhaber der Firma geworden waren. Dieser Mangel läßt sich aber ebenfalls leicht beheben und demgemäß zum Gegenstande einer Zwischenverfügung machen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 10. Okt. 1935, 1 Wx 432/35.) [Sch.]

*

19. § 15 GenG. Eine Beitrittserklärung gemäß § 15 GenG. muß die Angabe der Genossenschaft enthalten, zu der der Beitritt erfolgt.

Am 22. Aug. 1922 sind dem Registergericht von der Schl. Bauernbank eGmbH. Beitrittserklärungen mit den Unterschriften „Robert Z.", „Hermann B." und „Gustav St." eingereicht worden. In diesen Erklärungen ist nicht angegeben, für welche Genossenschaft die Beitrittserklärungen gelten sollen. Die in den Formularen hierfür vorgesehene Stelle ist nicht ausgefüllt. Am 31. Aug. 1922 hat die Eintragung in die Liste der Genossen stattgefunden. Am 25. März 1935 haben Robert Z., Hermann B. und Gustav St. angeregt, diese Eintragungen zu löschen. Das Registergericht hat es abgelehnt, dieser Eintragung zu entsprechen. Die hiergegen gerichtete Beschw. hat das LG. zurückgewiesen. Die weitere Beschw. hatte Erfolg.

Den Beitrittserklärungen haftet im vorl. Falle ein Mangel

an, der zur Versagung der Eintragung hätte führen müssen. Nach § 15 Abs. 1 GenG. bedarf es — nach der Anmeldung des Statuts zum Genossenschaftsregister — zum Erwerb der Mitgliedschaft einer von den Beitretenden zu unterzeichnenden unbedingten Erklärung des Beitritts. Das hier aufgestellte Erfordernis der Unterzeichnung deckt sich mit der Schriftform i. S. des § 126 BGB. (vgl. RGZ. 125, 158). Ist diesem Erfordernis nicht genügt, so liegt ein wirksamer Beitritt nicht vor. Die Eintragung in die Liste der Genossen heilt diesen Mangel nicht. Trotz dieser Eintragung entsteht daher in einem solchen Falle nicht die Mitgliedschaft des Beitretenden (vgl. z. B. RGZ. 57, 296; 60, 411; 68, 350 = JW. 1908, 498, RGZ. 97, 307; 119, 101 f. = JW. 1928, 219; RGZ. 137, 77 = JW. 1933, 112; RGZ. 147, 262 = JW. 1935, 2044[10]; Recht 1909, 2708; KG.: JFG. 5, 273). Es ist infolgedessen von entscheidender Bedeutung, ob die Schriftform des § 126 BGB. erfüllt ist. Hierzu führt das LG. aus, es sei offenbar übersehen worden, daß in den formularmäßigen Beitrittserklärungen keine Firmenbezeichnung enthalten gewesen sei. Rechtsirrig sei aber die Ansicht, daß das GenG. die schriftliche Beitrittserklärung zu einer bestimmten Genossenschaft ausdrücklich vorschreibe. Abgesehen davon, daß sich hierfür im Gesetz keine Stütze finde, sei auch die von den BeschwF. gegebene Begr. für das behauptete Erfordernis nicht stichhaltig. Danach müsse in der Erklärung der Beitritt ausdrücklich zu einer bestimmten Genossenschaft erklärt werden, damit sich die im Schriftstück genannten Personen darüber klar seien, den Beitritt zu einer bestimmten Genossenschaft erklärt zu haben. Hierzu sei zu sagen, daß die in der Beitrittserklärung genannten Personen einmal diese Gewißheit in dem Augenblick erhielten, in dem sie dem Vorstande einer bestimmten Genossenschaft die ausgefüllte Erklärung übergäben oder dieser sie von ihnen anfordere, jedenfalls aber sobald das Registergericht ihnen die Mitteilung zukommen lasse, daß sie in die Liste der Genossen der bestimmten Genossenschaft eingetragen worden seien.

Diesen Ausführungen kann nicht zugestimmt werden. Es ist allerdings im § 15 GenG. nicht ausdrücklich gesagt, daß zu dem wesentlichen Inhalt einer Beitrittserklärung die Bezeichnung der Genossenschaft gehört, deren Mitgliedschaft der Beitretende erwerben will. Eines solchen ausdrücklichen Ausspruchs bedurfte es aber auch nicht. Ist nämlich für ein Rechtsgeschäft eine Beurkundung i. S. des § 126 BGB. vorgeschrieben, so folgt hieraus ohne weiteres, daß die Urkunde „alle Teile, zum mindesten aber alle wesentlichen Teile" des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts enthalten muß (vgl. z. B. RGZ. 57, 260; 59, 218 f.; 62, 382; 71, 116; 76, 200 = JW. 1911, 401; RGZ. 76, 306 = JW. 1911, 647; RGZ. 76, 105, 292; 107, 294; 147, 231 = JW. 1935, 1779[15]; Warn. 1915 Nr. 114; RGRKomm. z. BGB. § 126 Anm. 3, § 766 Anm. 4; Oertmann, Allg. Teil, § 126 Anm. 3a; Enneccerus-Nipperdey, Bürgerl. Recht I § 146 I 1; Henle, Bürgerl. Recht I 135). Es genügt zwar, daß diese in die Urkunde aufzunehmenden Elemente des Rechtsgeschäfts in unvollkommener Weise bezeichnet sind, aber nur dann, wenn sich der Urkundeninhalt mit Hilfe von Umständen, die außerhalb der Urkunde liegen können, im Wege der Auslegung ergänzen läßt (vgl. insbes. RGZ. 57, 260; 76, 200; 147, 231 f. = JW. 1935, 1779[15]). Die Form ist hiernach nur dann gewahrt, wenn sich für das, was in der Urkunde — wenn auch nur unvollkommen — enthalten ist, durch Auslegung eine nähere Bestimmung soweit gewinnen läßt, daß sich alle wesentlichen Bestandteile der formbedürftigen Erklärung in ihr niedergelegt finden (RGZ. 67, 214). In diesem Sinne ist es von entscheidender Bedeutung, ob der für das Rechtsgeschäft wesentliche Inhalt sich „vollständig und unmittelbar" aus der Urkunde ergibt (ebenda). Zu dem hiernach zu beurkundenden Inhalt eines Rechtsgeschäfts gehört nach der Entsch. RGZ. 80, 400 = JW. 1912, 1101 jedenfalls die Bezeichnung derer, die materiell das Geschäft schließen und für die es demgemäß materiell wirksam sein soll" (S. 402). Aus dieser grundsätzlichen Stellungnahme ist vom RG. in ständiger, bis in die neueste Zeit festgehaltener Rspr. gefolgert worden, daß zu denjenigen Bestandteilen einer Bürgschaftserklärung, die niemals vollständig fehlen dürfen und zu deren Best. in der Urkunde selbst irgendein Anhalt zu finden sein muß, die Bezeichnung des Gläubigers gehört, dem gebürgt werden soll (RGZ. 62, 382; 76, 200 = JW. 1911, 401; RGZ. 147, 262 = JW. 1935, 2044[10]). Hieraus ergibt sich, daß zwar eine namentliche Bezeichnung des Gläubigers in der Urkunde nicht erforderlich ist, daß es aber andererseits nicht genügt, wenn sich nur durch Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, ermitteln läßt, wem gebürgt werden soll. Entsprechendes muß im Anwendungsbereich des § 15 GenG. von der Bezeichnung der Genossenschaft gelten. Geht man davon aus, daß es sich bei dem Beitritt i. S. des § 15 GenG. um einen Teil einer körperschaftlichen Schöpfungshandlung handelt (RGZ. 147, 262), so leuchtet ohne weiteres ein, daß zum wesentlichen Inhalt dieser rechtsgeschäftlichen Handlung die Kennzeichnung derjenigen Körperschaft gehört, auf die die Schöpfungshandlung hinzielt. Aber auch bei jeder anderen Wesensbestimmung des Beitritts, insbes. auch im Rahmen jeder wie immer gearteten Vertragstheorie, entbehrt die Beitrittserklärung, die nichts darüber aussagt, wem der Erklärende beitritt — für sich betrachtet —, infolge ihrer Unvollständigkeit des rechtsgeschäftlichen Sinnes in mindestens dem gleichen Maße wie eine Bürgschaftserklärung, die nichts darüber ergibt, wem sich der Erklärende verbürgt. Es wäre in hohem Grade innerlich widerspruchsvoll, wenn in dem gleichen Rechtssystem einerseits auf Grund des § 126 BGB. die — wenn auch unvollkommene — urkundliche Bezeichnung des Gläubigers eines Bürgschaftsverhältnisses und ganz allgemein die schriftliche Bezeichnung der ein unter § 126 BGB. fallendes Geschäft schließenden Personen gefordert, andererseits aber die schriftliche Bezeichnung der Genossenschaft, der jemand gem. § 15 GenG. beitreten will, für nicht notwendig erklärt werden würde. Hierbei ist insbes. auch zu beachten, daß die Best. der §§ 120, 127 GenG. v. 1. Mai 1889 und 20. Mai 1898 (vgl. jetzt auch § 131a GenG.) eine Bestätigung der hier vertretenen Auffassung enthalten. Denn in diesen Best. wird, wie ihre Fassung zeigt, als selbstverständlich vorausgesetzt, daß nicht erst in den besonderen für zwei Arten von Genossenschaften vorgeschriebenen Bemerkungen, sondern schon in dem nach § 15 GenG. allgemein zu erklärenden Beitritt die Genossenschaft zu bezeichnen ist, der der Erklärende beitreten will.

Nach den vorstehenden Ausführungen genügt es nicht, wenn jemand auf die Frage eines Gläubigers, ob er sich für eine bestimmte Verbindlichkeit gegenüber diesem Gläubiger verbürge, die Antwort gibt: „Ich verbürge mich", und wenn er lediglich diese Antwort schriftlich niederlegt und unterzeichnet, mag es auch im Hinblick auf die die Ausstellung dieser Urkunde begleitenden Umstände unzweifelhaft sein, welchem Gläubiger gegenüber er sich verbürgt. Ebenso ist es unerheblich, ob im vorl. Falle die der Vollziehung der Beitrittserklärungen nachfolgenden Umstände jeden Zweifel daran ausschließen, welche Genossenschaft mit der Beitrittserklärung gemeint war. Die Ausführungen des LG., die diesen Umständen Bedeutung beimessen, erscheinen nicht als zutreffend. Entscheidend ist, daß es in den Beitrittserklärungen selbst an jeder, auch der unvollkommensten Bezeichnung der Genossenschaft fehlt.

Hiernach kann die angefochtene Entsch. jedenfalls nicht mit der ihr vom LG. gegebenen Begr. aufrechterhalten werden. Dies versetzt den Senat nach seiner ständigen Rspr. in die Lage, an Stelle des BeschwG. eine eigene Sachprüfung vorzunehmen. Diese Prüfung ergibt im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen ohne weiteres, daß gegen die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens keine grundsätzlichen Bedenken bestehen. Es ist jedoch noch zu berücksichtigen, daß das Registergericht beim Vorliegen der im § 142 Abs. 1 FGG. bezeichneten Voraussetzung die unzulässig erfolgte Eintragung von Amts wegen löschen „kann", aber nicht unbedingt löschen muß. Das Gericht hat nach der Rspr. des Senats die Bedeutung der Eintragung und Löschung für die Beteiligten und das öffentliche Interesse zu berücksichtigen; es soll nur bei völlig zweifels- und bedenkenfreier Sach- und Rechtslage die Löschung vornehmen und anderenfalls den Beteiligten die Klarstellung im Prozeßwege überlassen (vgl. bes. KG.: RJA. 15, 314). Auch bei Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte bestehen aber im vorl. Falle keine Bedenken gegen die in Frage stehenden Löschungen. Insbes. kann nach Lage der Umstände unbedenklich davon ausgegangen werden, daß die nachträgliche Herbeiführung formgültiger Beitrittserklärungen (vgl. KG. a. a. O.) nicht in Betracht kommt. Es ist allerdings nach herrschender Auffassung grundsätzlich möglich, zur Wahrung der Schriftform eine unvollständige, aber bereits unterzeichnete Urkunde nachträglich zu ergänzen (vgl. z. B. RGZ. 57, 66 ff.; 62, 383; 71, 116; 145, 232 = JW. 1935, 40[11]; HöchstRRspr. 1934 Nr. 1015). Es kann dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen derartige Ergänzungen im Anwendungsgebiete des § 15 GenG. zulässig sind. Denn auch wenn die BeschwF., was sie leugnen, die Beitrittserklärungen unterschrieben haben, und wenn in der Abgabe dieser Erklärungen die stillschweigende Ermächtigung an den Vorstand zur sachgemäßen Ausfüllung der Formulare enthalten war, müssen diese i. J. 1922 erklärten Ermächtigungen, die die zwecks Begr. der Mitgliedschaft einzureichenden Beitrittserklärungen betrafen, bei der gegenwärtigen, völlig veränderten Rechtslage im Hinblick auf die dem Vorstand bekanntgegebene Stellungnahme der Erklärenden als zurückgenommen gelten. Die Erwägungen des RG. in der Entsch. RGZ. 147, 257 = JW. 1935, 2044[10] haben mit dieser Frage nichts zu tun. Es könnte daher — wenn überhaupt — nur durch die BeschwF. selbst eine rechtswirksame Ergänzung stattfinden. Es kann aber nach dem Vorbringen der BeschwF. nicht zweifelhaft sein, daß sie mit der Genossenschaft nichts zu tun haben wollen, und daß sie daher keinesfalls eine Ergänzung der Beitrittserklärungen vornehmen werden. Dies gilt auch von dem BeschwF. St., gegen den — soweit ersichtlich — noch kein Prozeß geschwebt hat. Ist dem aber so, so bestehen keinerlei Interessen an der Aufrechterhaltung des mit der wahren

Sachlage nicht im Einklang stehenden Inhalts der Genossenliste. Die Einleitung des Amtslöschungsverfahrens erscheint daher geboten.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 19. Sept. 1935, 1 Wx 356/35.) [Sch.]

*

20. I. §§ 99 Abs. 3, 511 ZPO. Durch ein die Hauptsache für erledigt erklärendes Urteil wird eine sachliche Entscheidung getroffen, wenn der Beklagte Klagabweisung beantragt hat.

II. §§ 20 Abs. 1, 14 Ziff. 4, 30 SchriftleiterG. v. 4. Okt. 1933. Durch das SchriftleiterG. wird eine Haftung des Verlegers nicht berührt.

III. §§ 862, 1004 BGB. Der aus diesen Gesetzesbestimmungen von der Rechtsprechung entwickelte Unterlassungsanspruch ist gegen den Verleger nicht ohne weiteres gegeben. Als „Störer" im Sinne der §§ 862, 1004 BGB. ist der Verleger jedoch dann anzusehen, wenn er nichts unternommen hat und unternehmen will, um weitere Angriffe in den in seinem Verlage erscheinenden Presseerzeugnissen zu verhindern.

IV. § 824 BGB. Die unrichtige Behauptung der jüdischen Abstammung stellt eine unerlaubte Handlung dar, wenn sie in herabsetzender und kränkender Art und Weise erfolgt.†)

Im Verlage der Bekl. erschien bis zum 31. Okt. 1934 die „D. Z.", die sodann an die D. Z.-Verlags-GmbH. veräußert worden ist. Zur Zeit erscheinen noch im Verlage der Bekl. neben reinen Fachzeitschriften zwei Zeitungen allgemeinen Inhalts. Die „D. Z." vom ... Febr. 1934 brachte einen Artikel, in dem nach Ansicht des Kl. der Eindruck erweckt wird, daß seine Familie und er selbst von jüdischen Vorfahren abstammen. In einem weiteren Artikel mit der Überschrift „Shylock oder von Shylock?" heißt es in derselben Zeitung v. ... März 1934 u. a.: „Ein Jude durfte nie ein Fürst von D. werden, ein Sohn des Amschel Meyer nie ein Baron Rothschild. Das mammonistische Prinzip trat allgewaltig mit dem Geldadel in den Staat. Aus Geschichte wurde Geschäft. Es ist ein Verbrechen, großen Geschäftemachern ein Adelsschild zu verleihen. Ein Adelsschild hängt in Walhalla und nicht in einer Wechselstube, wo gemarktet und gefeilscht wird ..." „Der König von Preußen, der diese Geldwechsler zu Edelleuten machte, wurde niemals giftiger, gefährlicher bekämpft, als gerade von diesem ‚Adel' ..."

Der Kl. hat wegen dieser Veröffentlichungen gegen den verantwortlichen Schriftleiter sowie gegen den Verfasser wegen übler Nachrede Privatklage erhoben. Die Eröffnung des Hauptverfahrens ist jedoch abgelehnt worden, mit der Begründung, daß der Kl. durch die Artikel nur mittelbar betroffen sei, weil sie sich auf den Vater des Kl. bezögen, und dem Gesetz mittelbare Beleidigungen fremd seien.

Der Kl. hat darauf die Bekl. unter Fristsetzung und Klageandrohung zur Erklärung aufgefordert, daß sie es in Zukunft unterlassen werde, in Artikeln den Eindruck zu erwecken, daß er von jüdischen Ahnen abstamme, wie überhaupt zu behaupten, daß er Jude sei. Dieser Aufforderung ist die Bekl. nicht nachgekommen.

Der Kl. fühlt sich durch den Inhalt der beiden Veröffentlichungen beleidigt. Er behauptet, er sei rein arischer Abstammung und erstrebt mit der Klage die Verurteilung der Bekl., es zu unterlassen, die Behauptung aufzustellen oder in Presseerzeugnissen den Eindruck zu erwecken, daß ein Fürst D. Jude ist oder war. Die Bekl. bestreitet, sachlich legitimiert zu sein. Es sei kein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage vorhanden. Die D. Z. stehe ihr nicht mehr zur Verfügung. Außerdem sei nicht sie, sondern der Schriftleiter für den Inhalt der Zeitung verantwortlich. Zu Einzelanweisungen an diesen sei sie nicht berechtigt.

Beide Parteien haben sich nach Maßgabe des Beschl. v. 18. Dez. 1934 vorbehalten, noch nach Schluß der mündlichen Verhandlung Erklärungen abzugeben. In dem vor dem Verkündungstermin v. 15. Jan. 1935 eingegangenen Schriftsatz v. 11. Jan. 1935 hat der Kl. beantragt, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt anzusehen und nur über die Kosten zu entscheiden, wenn noch eine unbedingte Erklärung der Bekl. eingehen sollte, daß sie die beanstandeten Behauptungen nicht wiederholen wolle. In dem Schriftsatz v. 12. Jan. 1935 trägt die Bekl. vor: Nachdem sie erfahren habe, daß es zweifelhaft sei, ob die Ausführungen in den beanstandeten Artikeln sich durch Tatsachen rechtfertigen, verstehe es sich für sie von selbst, daß derartige Ausführungen ohne vorherige vollständige Aufklärung nicht wiederholt würden. Doch sehe sie sich zur Abgabe der verlangten Erklärung außerstande, weil sie auf den Inhalt der „D. Z." keinen Einfluß mehr habe, ihr auch eine Einflußnahme im Einzelfalle nach dem SchriftleiterG. verwehrt sei und zur Abgabe der Erklärung kein Anlaß bestehe, da bzgl. des Kl. selbst in beiden Artikeln nichts behauptet worden sei.

Das LG. hat darauf unter Berücksichtigung der beiden nachträglich eingegangenen Schriftsätze durch Urteil den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und die Kosten des Rechtsstreits der Bekl. auferlegt.

Die Berufung der Bekl. ist zulässig, aber unbegründet.

Die Bekl. rügt zu Unrecht, daß das LG. den Antrag des nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatzes des Kl. v. 11. Jan. 1935 berücksichtigt habe. Wenn das LG. auf Grund des Schriftsatzes der Bekl. v. 12. Jan. 1935 zur Überzeugung gelangt war, daß der Rechtsstreit durch die in diesem Schriftsatz abgegebene Erklärung in der Hauptsache erledigt sei, war für eine dahingehende Entscheidung der in dem Schriftsatze des Kl. v. 11. Jan. 1935 enthaltene Antrag nicht mehr erforderlich. Die Bekl. ist also insofern nicht beschwert.

Die Bekl. hat sich stets aus besonderen Gründen geweigert, die vom Kl. verlangte Erklärung, daß sie die beanstandete Behauptung nicht mehr aufstellen oder in Presseerzeugnissen verbreiten werde, abzugeben. Wenn sie auch versichert, es verstehe sich für sie ganz von selbst, daß derartige Ausführungen ohne vorherige Aufklärung nicht wiederholt würden, so kann darin angesichts ihrer weiteren Ausführungen im Schriftsatze v. 12. Jan. 1935, daß sie die verlangte Erklärung nicht abgeben könne und auch nicht wolle, weil für sie nicht der geringste Anlaß dazu bestehe, nicht die von dem Kl. gewünschte Erklärung erblickt werden. Auch in der Verhandlung vor dem Senat hat die Bekl. es neuerdings abgelehnt, diese Erklärung abzugeben. Der Rechtsstreit ist daher nicht in der Hauptsache erledigt und es ist auch über die für diesen Fall eingelegte Anschlußberufung des Kl. zu entscheiden.

Der von der Rspr. aus den §§ 12, 862, 1004 BGB. entwickelte Unterlassungsanspruch ist von dem Kl. schlüssig behauptet. Er ist auch begründet. Die Auffassung der Bekl., daß ein Unterlassungsanspruch gegen sie als Verlegerin nicht bestehe, ist unzutreffend. Zwar hat sie nach dem Verkauf der „D. Z." keinen Einfluß mehr auf deren Inhalt und Gestaltung, doch geht der Klageantrag nicht nur dahin, es zu unterlassen, die beanstandeten Behauptungen in der „D. Z." zu verbreiten, sondern ganz allgemein auf Unterlassung, die fragliche Behauptung aufzustellen oder in Presseerzeugnissen zu verbreiten. Da die Bekl. noch andere periodische Druckschriften herausgibt, besteht für sie, auch ohne daß ihr die „D. Z." zur Verfügung steht, die Möglichkeit einer weiteren Verbreitung der beanstandeten Behauptung. Wenn es sich auch bei den weiteren von ihr herausgegebenen Druckschriften in der Mehrzahl um solche fachlicher Art handelt, so erscheinen bei ihr doch auch zwei andere Zeitungen, die keine Fachzeitungen sind und zur Verbreitung der Behauptung an sich durchaus in Betracht kommen. Aber auch bei den Zeitschriften fachlicher Art ist im Hinblick auf die in diesen Zeitschriften gegebene Aufklärung über Rassefragen die Möglichkeit einer weiteren Verbreitung nicht ausgeschlossen.

Durch das SchriftleiterG. v. 4. Okt. 1933 wird eine bestehende Haftung des Verlegers nicht berührt. Das Gesetz überträgt wohl die Gestaltung des Inhalts der Zeitung durch Aufnahme von Veröffentlichungen dem Schriftleiter. Doch ist unbeschadet der dahingehenden Vorschriften des Gesetzes und der amtsähnlichen Stellung des Schriftleiters der Verleger befugt, den Schriftleiter auf die ihm bereits gem. § 14 Ziff. 4 des Ges. obliegende Verpflichtung, alles fernzuhalten, was die Ehre oder das Wohl eines anderen widerrechtlich verletzt, hinzuweisen und ihm bei wiederholten Verstößen zu kündigen. Durch die Bestimmung des § 30 des Ges. wird die Zulässigkeit der Kündigung wegen eines Verstoßes gegen die öffentlichen Berufspflichten des Schriftleiters, wozu auch die Verpflichtung des § 14 gehört, sogar ausdrücklich hervorgehoben. Hinzu kommt noch, daß nach der Vorschrift des § 20 Abs. 1 des Ges. die strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortung anderer Personen nicht durch die dem Schriftleiter für den Inhalt der Zeitung auferlegte Verantwortung ausgeschlossen werden soll. Es soll also insofern keine Sonderregelung getroffen werden und eine bestehende Haftung des Verlegers unberührt bleiben (Schmidt-Leonhardt-Gast, SchriftleiterG., Anm. 13 zu § 20).

Im allgemeinen wird der Unterlassungsanspruch gegen den Verleger zwar nicht ohne weiteres gegeben sein; denn es ist ihm schon aus technischen Gründen nicht zuzumuten, jedesmal den Inhalt der von ihr herausgegebenen Druckschriften einer vorherigen Durchsicht zu unterziehen. Die Bekl. hat aber, nachdem sie mit Schreiben des RA. X. auf die Unrichtigkeit der Behauptungen hingewiesen war, nichts unternommen, um für die Zukunft ein Erscheinen weiterer derartiger Artikel zu verhindern. Ihr Verhalten ist wenig klar und nicht folgerichtig. Einerseits will sie zur Abgabe der vom Kl. geforderten Erklärung nicht imstande sein, da sie auf den Inhalt der von ihr herausgegebenen Zeitschriften keinen Einfluß nehmen könne. Andererseits betont sie, daß es sich für sie ganz von selbst verstehe, daß derartige Behauptungen nicht mehr gebracht würden. Mithin schreibt sie sich doch einen Einfluß auf die Schriftleitung der Druckschriften zu. Sie hat aber nicht dargetan, daß sie ihre Schriftleiter auf die Unzulässigkeit derartiger Angriffe auf den Kl. hingewiesen hat. Da sie aber gegen eine Wiederholung derartiger Veröffentlichungen nichts unternommen hat und auch nichts unternehmen will, ist auch sie als „Störer" i. S. der §§ 862, 1004 BGB. anzusehen. Ihre Auffassung, daß der vom Kl. beabsichtigte Erfolg durch eine Klage gegen den Schriftleiter vollkommener erreicht werden kann, trifft nicht zu; denn abgesehen von der Möglichkeit eines

Schriftleiterwechsels wäre der Kl. auch unter Umständen gezwungen, gegen sämtliche bei der Bekl. tätigen Schriftleiter vorzugehen.

Da sich die Bekl. zur Abgabe einer unbedingten Erklärung nicht entschließen kann und in kurzem Zeitabstand auf die erste Veröffentlichung gestützt der zweite Artikel mit der beanstandeten Behauptung folgte, ist trotz der Versicherungen der Bekl. eine Wiederholungsgefahr nicht beseitigt. Nachdem die Bekl. den Kl. zweimal in recht grober Weise angegriffen hatte, war es der Bekl. auch durchaus zuzumuten, die vom Kl. gewünschte Erklärung abzugeben. Ein Rechtsschutzbedürfnis des Kl. ist auch dann vorhanden, wenn ihm ein etwaiger strafrechtlicher Schutz zur Seite steht; denn der strafrechtliche Schutz will nicht dem Verletzten andere Rechtsbehelfe nehmen, sondern bezweckt eine Verstärkung des Rechtsschutzes (RGZ. 116, 151 = JW. 1927, 1471, 1997).

In den fraglichen Artikeln wird behauptet, daß die Vorfahren der Familie des Kl. jüdischer Herkunft seien. Durch diese Behauptung werden sämtliche Mitglieder der Familie und somit auch der Kl. selbst betroffen. Ob die Behauptung allein, der Kl. stamme von Juden ab, bereits eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823, 824 BGB. oder eine strafbare Handlung nach § 186 StGB. darstellt, kann dahingestellt bleiben. Es handelt sich nämlich bei den fraglichen Veröffentlichungen nicht nur um eine unrichtige Feststellung der Zugehörigkeit der Familie des Kl. und des Kl. selbst zu einer fremden Rasse, ohne daß dabei ein Werturteil über diese Rasse abgegeben würde, sondern die Art und Weise der Hineinziehung des Namens des Kl. ist herabsetzend und kränkend und kann Nachteile für den Kl. zur Folge haben. Jeder unbefangene Leser der Veröffentlichung muß durch die Namensnennung den Kl. auch mit den weiteren in den Artikeln gewählten Bezeichnungen (große Geschäftemacher, Geldwechsler) in einen Zusammenhang bringen. Die Verbreitung der fraglichen Behauptung stellt jedenfalls eine unerlaubte Handlung i. S. des § 824 BGB. dar.

Da der Kl. den Beweis für die Unwahrheit der aufgestellten Behauptung geführt hat, ist der Unterlassungsanspruch aus § 824 BGB. begründet.

(KG., 5. ZivSen., Urt. v. 24. Mai 1935, 5 U 978/35.)

Anmerkung: Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen.

I. Wenn § 20 Abs. 1 SchriftleiterG. bestimmt, daß der Schriftleiter einer Zeitung für den Inhalt des Textteils, soweit er diesen selbst verfaßt oder dessen Aufnahme verfügt hat, die berufs-, straf- und zivilrechtliche Verantwortung trägt, so wird mit der berufsrechtlichen Verantwortung, die sich auf die vom Schriftleiter zu erfüllenden öffentlichrechtlichen Aufgaben bezieht, eine neue Verantwortung gesetzt. Dagegen wird — insoweit enthält § 20 Abs. 1 keine Norm — für die zivilrechtliche Verantwortung des Schriftleiters kein neuer Haftungsgrund durch das SchriftleiterG. geschaffen (auch nicht hinsichtlich des Hauptschriftleiters durch die Vorschrift des § 20 Abs. 3). Vielmehr ergibt sich seine Haftung, wie auch die anderer mit der Herstellung oder Verbreitung der Zeitung befaßter Personen aus den normenbildenden Bestimmungen anderer Gesetze. Wann eine zivilrechtliche Haftung des Schriftleiters gegenüber einem Dritten eintritt, braucht hier nicht erörtert zu werden.

II. Daß die unrichtige Behauptung der jüdischen Abstammung den Tatbestand des § 824 BGB. erfüllt, bedarf nicht der Begründung. Dagegen erscheint es bedenklich, mit dem Urteile anzunehmen, daß der Unterlassungsanspruch hinsichtlich solcher in einer Zeitung verbreiteter Behauptungen gegenüber dem Verlag nicht ohne weiteres gegeben sei, daß vielmehr auf seiten des Verlegers noch ein Verhalten hinzukommen müsse, das ihn als Störer erkennen lasse. Das Urteil verkennt, daß bereits die Tatsache der Verbreitung einer solchen Behauptung den Unterlassungsanspruch auslöst, ohne daß ein Verschulden auf seiten des Täters vorzuliegen braucht. Und auf das Vorhandensein eines solchen Verschuldens läuft es hinaus, wenn das Urteil den Unterlassungsanspruch nicht ohne weiteres gegenüber dem Zeitungsverleger, der die Zeitung mit ihrem Inhalt vervielfältigt und verbreitet, gibt. Die für den Unterlassungsanspruch wesentliche Voraussetzung der Wiederholungsgefahr ergibt sich ohne weiteres aus der Tatsache, daß die betr. Zeitungsnummer in einer Vielzahl von Stücken hergestellt und verbreitet worden ist.

Anders würde es dagegen sein, wenn noch ein Anspruch auf Schadensersatz erhoben worden wäre. Dann müßte der Grundsatz des RGUrt. v. 20. Juni 1935 (JW. 1935, 2891) beachtet werden.

RA. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

*

21. § 106 ZPO.; §§ 4, 5 ArmAnwG. Kostenfestsetzung und Ausgleichung grundsätzlich einheitlich für den ganzen Prozeß. Feststellung des Erstattungsanspruchs der Staatskasse stets durch Urkundsbeamten erster Instanz. Verhältnis zwischen dem Verfahren nach § 4 ArmAnwG. und der Kostenausgleichung nach § 106 ZPO. †)

Die Bekl. wendet sich mit der Erinnerung dagegen, daß ihr die dem ArmAnw. der Kl. in der BerInst. aus der Staatskasse erstatteten Kosten in Höhe von 91,74 *RM* in Rechnung gestellt worden sind, obwohl bei der stattgehabten Kostenausgleichung die Armenanwaltskosten beider Instanzen unberücksichtigt geblieben sind. Die Bekl., die diesen Beschluß nicht angefochten hat, meint nun, daß damit ihre Kostenerstattungspflicht endgültig festgestellt und für die Berücksichtigung eines auf die Staatskasse übergegangenen Anspruchs kein Raum mehr sei. Dieser auch vom OLG. Köln (v. 28. Juni 1932, 7 W 169/32: „Der deutsche Rechtspfleger" 1933 Heft 1, 41) vertretenen Ansicht kann indes nicht beigepflichtet werden. Es ist nicht angängig, die Staatskasse um ihren Erstattungsanspruch dadurch zu bringen, daß bei der Kostenausgleichung der von ihr erstattete Teil der Gebühren des ArmAnw. nicht berücksichtigt, d. h. von dem zugunsten der obsiegenden Partei sich ergebenden Saldo nicht in Abrechnung gebracht wird, und daß so die Partei als Gläubigerin eines Anspruchs erscheint, der in Wahrheit auf die Staatskasse übergegangen ist. Dieses Ergebnis ist schon deshalb unannehmbar, weil die Staatskasse keine Möglichkeit hat, durch Rechtsmittel in das Festsetzungsverfahren einzugreifen. Folglich kann sie auch nicht auf diesem Wege ihres Erstattungsanspruchs verlustig gehen.

Ein solcher besteht nun hier in Höhe des dem ArmAnw. aus der Staatskasse erstatteten Betrags gegenüber dem Bekl. dann ohne weiteres, wenn nur die Kostenentscheidung in der BerInst. zugrunde zu legen ist. Denn sie legt die Kosten des zweiten Rechtszuges ganz der Bekl. auf und stellt damit einen unmittelbaren Anspruch des ArmAnw. der Kl. an die Bekl. auf Erstattung seiner Gebühren und Auslagen gem. § 124 ZPO. fest, ohne daß erst durch Kostenausgleichung zu errechnen ist, für welche der beiden Parteien sich im Ergebnis eine Kostenerstattungspflicht ergibt. Der von der Bekl. mit der Erinnerung erhobene Einwand, die Armenanwaltskosten seien bei der Ausgleichung unberücksichtigt geblieben, wäre dann unerheblich. Die Kosten des ersten Rechtszuges sind jedoch gequotet worden. Die Kostenausgleichung aus § 106 ZPO. hat aber für den gesamten Prozeß gemeinsam zu erfolgen. Wenn auch das Gesetz eine einheitliche Festsetzung für alle Instanzen jedenfalls ausdrücklich nicht vorsieht, die Kostenfestsetzung und Ausgleichung vielmehr schon dann zu erfolgen hat, wenn nur erst ein — vollstreckbares — Urteil erster Instanz vorliegt, so liegt es andererseits im Wesen der Sache, daß letzten Endes die Kostenverrechnung des gesamten Rechtsstreits nur eine einheitliche sein kann (so auch OLG. Köln vom 18. Nov. 1932, 7 W 286/32: „Der deutsche Rechtspfleger" 1933 Heft 1, 41). Denn erst der endgültige Ausgang des Rechtsstreits ergibt, wer obsiegt und einen Kostenerstattungsanspruch hat.

Das bedeutet also, daß, wenn zur Zeit der Kostenfestsetzung bereits die Kostenentscheidung für mehrere Instanzen vorliegt, insoweit nur noch eine einheitliche Kostenfestsetzung erfolgen kann. Liegen also die Voraussetzungen für eine Kostenausgleichung in diesem Augenblick vor, dann muß sie einheitlich vorgenommen werden.

Eine Kostenausgleichung hat aber auch dann stattzufinden, wenn wie hier beim Vorliegen der Kostenentscheidungen über mehrere Instanzen, die nebeneinander bestehen, eine quotenweise Verteilung auch nur in einer Instanz erfolgt ist. Der Erstattungsanspruch der Staatskasse hängt somit von dem Ergebnis dieser Ausgleichung ab. Denn nur sie entscheidet, ob sich ein Saldo zugunsten der einen oder anderen Partei ergibt. Erst dann steht fest, ob und in welcher Höhe die nicht arme Partei der armen Partei, also — nach § 124 ZPO. — auch deren ArmAnw. und somit — infolge Zahlung der Kosten des ArmAnw. aus der Staatskasse — dieser erstattungspflichtig ist.

Hier hat nun der UrkB. erster Instanz eine Kostenausgleichung vorgenommen, dabei aber die dem ArmAnw. zweiter Instanz aus der Staatskasse erstatteten Kosten nicht berücksichtigt. Deshalb kann diese Entsch. des UrkB. für den Anspruch der Staatskasse nicht als maßgebend zugrunde gelegt werden. Andererseits ist der Festsetzungsbeschluß rechtskräftig geworden, da die Bekl. die zu ihren Lasten gehende Unrichtigkeit nicht durch entsprechende Rechtsmittel gerügt hat, was u. U. zur Folge hätte haben können, daß sie einen Teil der Kosten des gegnerischen RA. doppelt zahlen muß. Aber diese Rechtskraft wirkt nur unter den Parteien, während an der Frage der zu erstattenden Armenanwaltskosten die Staatskasse und die unterliegende Partei beteiligt sind. Auch enthält § 4 DGKG. für derartige Fälle keine Einschränkung. Daher ist es der Bekl. unbenommen, die Rüge auch jetzt noch im Wege der Erinnerung gegen den Ansatz der Armenanwaltskosten in der Gerichtskostenrechnung gem. § 4 DGKG. geltend zu machen. Deshalb ist die von der Bekl. jetzt erhobene Erinnerung trotz Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses zulässig. Sie ist aber auch begründet.

Der UrkB. hat, wenn eine Ausgleichung fehlt, mindestens eine der Kostenausgleichung gleichkommende Berechnung des zugunsten der einen oder anderen Partei sich ergebenden Saldos vorzunehmen, so gut ihm das nach den aktenmäßigen Unterlagen mög-

lich ist, um auf diesem Wege zu errechnen, ob und inwieweit er auch Armenanwaltskosten in die Gerichtskostenrechnung aufzunehmen hat (Entsch. des Senats 20 W 2841/28 v. 5. April 1928 zu § 4 ArmAnwG.).

Dies Verfahren hat der UrkB. — ebenso wie die Berücksichtigung der Armenanwaltskosten bei der Kostenausgleichung — unterlassen, so daß schon deshalb zur Zeit die Grundlage für die Feststellung fehlt, daß die Bekl. Kostenschuldnerin der Staatskasse hinsichtlich der Armenanwaltskosten in Höhe von 91,74 *RM* geworden ist. Der Kostenansatz war daher aufzuheben. Der UrkB. wird nunmehr in der angegebenen Weise zu verfahren haben.

Diese Errechnung des Erstattungsanspruchs der Staatskasse gehört aber zu den Obliegenheiten des UrkB. des Gerichts erster Instanz. Zwar ist das im Gesetz nirgends ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der Erwägung, daß die Kostenfestsetzung ausschließlich in die Hände des UrkB. des Gerichts erster Instanz gelegt ist, daß dabei auch die Kosten zweiter Instanz zu berücksichtigen sind, daß bei Ausgleichung die dem ArmAnw. einer Partei aus der Staatskasse erstatteten Kosten auch der zweiten Instanz berücksichtigt und von dem Endsaldo in Abzug gebracht werden müssen, daß einheitliche Prozeßkostenverrechnung stattgefunden hat, daß diese Verrechnung inter partes in die Hände des UrkB. erster Instanz gelegt ist, daß auch die Einforderung der Gerichtskosten von der nichtarmen Partei ohnehin erst nach Rechtskraft des Urteils erfolgen darf, die Feststellung der Rechtskraft eines Urteils aber grundsätzlich zunächst dem UrkB. des Gerichts erster Instanz obliegt (§ 706 Abs. 1 ZPO.). Die Einforderung der Armenanwaltskosten hat deshalb nur durch den UrkB. erster Instanz, also durch erstinstanzliche Gerichtskostenrechnung zu erfolgen. Da diese Kosten außergerichtliche, also Parteikosten sind und bleiben, besteht insofern kein rechtliches Hindernis, die Zuständigkeit des UrkB. des Gerichts erster Instanz anzunehmen.

Auch Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen diese Zuständigkeit (so auch Rittmann-Wenz, GKG. 1930, Anm. 3 am Ende und auch die Stellungnahme des Rechnungsamts).

Danach ergibt sich für die Armenanwaltskosten der höheren Instanz eine Zweiteilung: die Feststellung, auf Grund deren die Anweisung an die Kasse zwecks Auszahlung an den ArmAnw. geschieht, obliegt dem UrkB. der höheren Instanz, doch darf er diese Kosten in die Gerichtskostenrechnung dieser Instanz nicht aufnehmen, sondern nur für den UrkB. des Gerichts der ersten Instanz ihre Höhe vermerken. Der Ansatz dieser Kosten zur Erstattung seitens der unterliegenden Partei ist Sache des UrkB. des Gerichts erster Instanz. Soweit er zu entscheiden hat, d. h. über Grund und Höhe der Erstattungspflicht, geht auch die Erinnerung aus § 4 DGKG. an das Gericht erster Instanz.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 4. Febr. 1933, 20 Wa 357/32.)

Anmerkung: Entgegen der Übung nur neueste, wichtige, richterliche Erkenntnisse von allgemeiner Bedeutung zu veröffentlichen, wird ausnahmsweise vorstehender Beschluß über zwei Jahre nach seinem Erlaß noch abgedruckt. Zur Rechtfertigung wird darauf hingewiesen, daß einerseits die in dem Beschluß enthaltenen Grundsätze noch heute in der Praxis des 20. Kostenspezialsenats des KG. gelten, andererseits dieser Beschluß, auf den häufig verwiesen wird, in weiten Kreisen nicht bekannt ist. Hn.

*

22. §§ 1, 4 ArmAnwG.; § 567 ZPO. Keine Beschw. gegen die auf Antrag des Armenanwalts erfolgte sachliche Stellungnahme des Prozeßgerichts darüber, ob Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins zweckentsprechend erscheint.

Der BeschwF. ist für den im ersten Rechtszuge beim LG. schwebenden Ehescheidungsstreit der Kl. als ArmAnw. beigeordnet worden. LG. hat eine Beweisaufnahme angeordnet, die zum Teil in Kobe in Japan durchgeführt werden muß. RA. H. hat nunmehr, gestützt auf die Entsch. des Sen. v. 9. Aug. 1935 (JW. 1935, 2512[63]), beim Prozeßgericht um dessen Stellungnahme darüber nachgesucht, daß die Wahrnehmung der demnächstigen auswärtigen und ausländischen Beweistermine durch einen von der Kl. zu beauftragenden Anwalt für zweckentsprechend gehalten werde. LG. hat durch den jetzt angefochtenen Beschluß die Zweckmäßigkeit einer derartigen Terminswahrnehmung durch den Anwalt verneint.

Der Senat hat bereits in der erwähnten Entsch unter eingehender Begründung dargelegt, daß der ArmAnw. mit Rücksicht auf die von ihm in derartigen Fällen zunächst aus eigenen Mitteln zu machenden Aufwendungen eine Stellungnahme des Prozeßgerichts darüber verlangen könne, ob die Wahrnehmung des in Frage stehenden auswärtigen Beweistermins durch einen Anwalt — sei es ihn selbst oder einen Substituten — für zweckentsprechend gehalten werde. Demgemäß hat auch das LG., wenn auch in ablehnendem Sinne, sachlich Stellung genommen.

Der Senat hat nun bereits in seiner früheren Entsch. die Zweifel angedeutet, die bzgl. der Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die Stellungnahme des Prozeßgerichts obwalten können. Er konnte aber für seine damalige Entsch. die Frage offen gelassen, ob und inwieweit die Stellungnahme des Prozeßgerichts ihrerseits einer sachlichen Nachprüfung durch die höhere Instanz zugänglich sei. In der Tat muß die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die Entsch. des Prozeßgerichts verneint werden. Eine Beschw. findet nur statt gegen solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entsch., durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch abgelehnt wird (§ 567 ZPO.). Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Wenn auch nach richtiger Ansicht „Verfahren" i. S. von „Prozeß" zu verstehen ist (Baumbach 2 zu § 567; Stein-Jonas III, 1 zu § 567 ZPO.), so betrifft gleichwohl das Gesuch des ArmAnw. um Stellungnahme über die Zweckmäßigkeit einer auswärtigen Terminswahrnehmung nicht den Prozeßverlauf, sondern inhaltlich nur eine dem Gebiet des Armenanwaltskostenrechts zuzurechnende Zwischenentscheidung, eine Art „Vorentscheidung" (so der frühere Beschluß). Diese ergeht somit innerhalb des Rahmens des den Ersatzanspruch des ArmAnw. an die Reichskasse feststellenden Verfahrens aus § 4 ArmAnwG. Dieses Verfahren hat aber seine Sonderregelung gefunden. Der Rechtsmittelzug hierfür ist in § 4 DGKG., auf den § 4 ArmAnwG. verweist, geregelt und sieht zunächst Erinnerung gegen den Festsetzungsbeschluß des UrkB. und Beschw. gegen die darauf ergehende Entsch. des Gerichts vor. Allerdings ist dann auch § 567 ZPO. in Bezug genommen. Trotzdem paßt diese Regelung, die nur auf das beim UrkB. beginnende reine Festsetzungsverfahren zugeschnitten ist, schon rechtlich nicht auf den Fall einer allein vom Gericht zu treffenden „Vorentscheidung" der genannten Art.

Davon abgesehen stellt sich die Entsch. des Prozeßgerichts, in der es zur Zweckmäßigkeit der Terminswahrnehmung auf Antrag des ArmAnw. Stellung nimmt, als nicht unmittelbar auf gesetzlicher Grundlage beruhender, sondern rein praktischen Bedürfnissen, eben dem Interesse des ArmAnw. im Hinblick auf die von ihm vielleicht aufzuwendenden Auslagen entspringender Sonderfall dar, der deshalb auch verfahrensrechtlich nicht anderen Entscheidungen gleichzusetzen ist. Der Senat hat diese Eigenart der von ihm als zulässig anerkannten Entsch. in seinem damaligen Beschluß mit aller Deutlichkeit unterstrichen und die Zulässigkeit gerade damit begründet, daß die dagegen vorzubringenden rechtlichen Bedenken hinter die im Vordergrund stehenden Zweckmäßigkeitserwägungen zurückzustellen seien. Diesem rein praktischen Bedürfnis ist aber vollauf damit genügt, daß der Anwalt eine Stellungnahme des Prozeßgerichts herbeiführen kann.

Darüber hinaus diese sachliche Stellungnahme des Prozeßgerichts zur Nachprüfung einer höheren Instanz zu stellen, liegt dagegen kein Bedürfnis vor. Für eine solche Nachprüfung würde es außerdem an einer geeigneten Instanz fehlen. Denn nur gerade in seiner Eigenschaft als Prozeßgericht, d. h. als mit der sachlichen Bearbeitung des Prozeßstoffes befaßten Gericht, konnte überhaupt dem Gericht auf entsprechenden Antrag des ArmAnw. eine Stellungnahme in dessen Interesse angesonnen werden. Diese kann, wenn sie schon rechtlich nicht bindend ist (vgl. der frühere Beschluß), so für die Festsetzung der Armenanwaltskosten als Vorentscheidung überhaupt nur dann von Wert sein, wenn sie vom Prozeßgericht ausgeht. Der Zweck der vom ArmAnw. erbetenen „Vorentscheidung" würde dagegen durch eine Stellungnahme der nicht mit der Sache selbst befaßten höheren Instanz — gleichgültig welche Stelle daselbst geschäftsordnungsmäßig zu befinden hätte — nicht erreicht werden. Die rechtliche Natur solcher Zwischenentscheidung ist also keine andere als sie auch sonst innerhalb des Verfahrensrechts Zwischenentscheidungen zukommt, die für sich allein nicht anfechtbar sind, vielmehr erst mit dem Rechtsmittel gegen die Hauptentscheidung nachgeprüft werden können.

So muß also nicht nur rechtlich die Möglichkeit entsprechender Anwendung des § 567 ZPO., sondern auch sachlich das Bedürfnis nach einem Rechtsmittel gegen die Stellungnahme des Prozeßgerichts verneint werden.

Damit steht nicht im Widerspruch, daß der Senat in seiner Entsch. v. 9. Aug. 1935 als BeschwG. das LG. angewiesen hat, dem Antrag des ArmAnw. auf Stellungnahme zu entsprechen. Die damalige Sachlage war die, daß das LG. es abgelehnt hatte, überhaupt Stellung zu nehmen. Diese Entsch. betraf die rein verfahrensmäßige Behandlung der Sache. Ob diese zu beanstanden ist oder nicht, muß von der höheren Instanz nachgeprüft werden können. Insoweit ist also die Beschw. unbedenklich

zulässig, während die reine Ermessensfrage bei sachlicher Stellungnahme nicht nachprüfbar ist. Die Rechtslage ist hier ähnlich wie z. B. bei der Tatbestandsberichtigung gem. § 320 ZPO., bei der die ergehende Entsch. zufolge § 320 Abs. 4 S. 4 ZPO. nicht anfechtbar ist. Gleichwohl ist allgemein anerkannt (RGZ. 47, 399; Baumbach 6 zu § 320; Stein-Jonas 1934, V zu § 320), daß selbst diese ausdrückliche Rechtsmittelversagung eine Ausnahme in denjenigen Fällen erleidet, in denen aus formellen Gründen die Berechtigung als unzulässig abgelehnt ist.

Der Senat hat also keine Möglichkeit, seinerseits sachlich zu der Frage der Zweckmäßigkeit der Vertretung der Kl. in dem auswärtigen Beweistermin Stellung zu nehmen.

Für die spätere Kostenfestsetzung sei nur bemerkt, daß, ebensowenig wie die bejahende Stellungnahme des Prozeßgerichts für die Festsetzung der Kosten schlechthin bindend ist, so auch der ablehnende Standpunkt des LG. nicht die Möglichkeit der Erstattung der Kosten, die durch die gleichwohl vom ArmAnw. etwa veranlaßte Terminswahrnehmung entstehen, ausschließt. Es kann sogar der tatsächliche Verlauf des Prozesses, insbes. der Ausgang des auswärtigen Beweisaufnahmeverfahrens selbst schon dazu führen, den bisherigen Standpunkt des Prozeßgerichts als nicht mehr haltbar erscheinen zu lassen. Jedenfalls sei betont, daß die ablehnende Entsch. des LG. den ArmAnw. von seiner Verantwortlichkeit nicht entbindet und ihn nicht von der Verpflichtung befreit, selbständig zu prüfen, ob nach der ganzen Sachlage ihm die Wahrnehmung der Rechte seiner Partei in dem auswärtigen Termin in geeigneter Weise — daß eine Wahrnehmung durch den ArmAnw. selbst in Fällen wie der vorliegende niemals zweckentsprechend wäre, versteht sich von selbst — geboten erscheint.

Da die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen eine solche Entsch. des LG. erstmalig durch die vorl. Beschwerdeentscheidung geklärt worden ist, war von der Befugnis des § 6 DGKG. Gebrauch zu machen und mußten die Gerichtskosten der Beschw. niedergeschlagen werden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Nov. 1935, 20 W 6705/35.)

Anmerkung: Ich halte die Entsch. für richtig.

Mit Recht greift das KG., ganz abgesehen von den von ihm ins Feld geführten rein verfahrensrechtlichen Gründen, auf den Grundgedanken der früheren Entsch. zurück, in welcher es eine sachliche Stellungnahme des Prozeßgerichts über die Zweckmäßigkeit der Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine durch die arme Partei im Interesse des Armenanwalts für geboten erklärt hat. Das KG. hat damals bereits mit aller Deutlichkeit ausgesprochen (und zwar, wie ich gerne zugebe, entgegen meiner eigenen Ansicht), daß im Gesetz selbst sich eine Grundlage für ein solches Verfahren nicht findet, daß andererseits im übrigen die gesetzliche Regelung über die Erstattung der dem prozeßbevollmächtigten Armenanwalt durch Terminswahrnehmungen erwachsenen Auslagen seiner Verantwortung durchaus nicht voll entspreche. Gerade deshalb hat jene Entsch. die an sich vorhandenen rechtlichen Bedenken zugunsten des Armenanwalts und der ihm zur Seite stehenden Billigkeitserwägungen zurückgestellt. Ich selbst hatte diese Lösung vordem zwar als durchaus wünschenswert bezeichnet, hatte aber nicht geglaubt oder, richtiger gesagt, nicht zu hoffen gewagt, daß die Gerichte diese Lösung schon auf Grund des augenblicklichen Rechtszustandes ermöglichen würden. Um so mehr muß man sich darüber klar sein, daß das KG. entschlußfreudig sich auf Neuland vorgewagt und den Mut gefunden hat, sogar gegen seine frühere ablehnende Ansicht aus besserer Einsicht und noch stärkerem Verständnis für die berechtigten Belange des Armenanwalts einen Ausweg zu finden. Damit hat das KG. durchaus nicht die Zulässigkeit eines neben dem eigentlichen Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG. herlaufenden oder, wie man treffender sagen könnte, noch vor diesem sich abspielenden Vorverfahrens nur über diese eine Frage der Zweckmäßigkeit eines bestimmten Kostenaufwandes bejaht und sicher auch nicht bejahen wollen. Die frühere Entsch. ergibt jedenfalls dafür nichts. Deshalb knüpft auch obige Entsch. überzeugend an die Zweckmäßigkeitsgründe der früheren und die ihr zugrunde liegenden Billigkeitserwägungen an.

Fragt man schließlich weiter, ob den Interessen des Armenanwalts mit einer Stellungnahme einer anderen Instanz als gerade des mit der Sache selbst befaßten Prozeßgerichts gedient ist, so kann die Antwort darauf wohl nicht zweifelhaft sein.

Die Auffassung, die sich beim Lesen obiger Entsch. vielleicht aufdrängen könnte, das KG. hätte damit seinen dem Armenanwalt günstigen Standpunkt wieder einschränken wollen, ist also nicht berechtigt.

RA. Kurt Kubisch, Lübben (Spreewald).

*

Düsseldorf

23. § 27 RStraßVerkO. Der Vorfahrtberechtigte braucht nicht damit zu rechnen, daß sein Vorfahrtrecht von anderen Verkehrsteilnehmern, insbesondere von anderen Kraftfahrzeugen, nicht beachtet wird.

Die Beurteilung der Frage, ob der Kl. selbst sich ordnungsgemäß verhalten hat, hängt in weitgehendem Umfange davon ab, ob man ihm entgegenhalten kann, er habe sich auf das vorschriftswidrige Fahren der Bekl. einstellen müssen. Dabei ist davon auszugehen, das insbes. nach § 25 RStraßVerkO. jeder Verkehrsteilnehmer zur Sorgfalt im Verkehr verpflichtet ist, und daß deshalb der Kl. von der Bekl. erwarten durfte, daß sie die Verkehrsregeln einhielt. Es kann dem Kl. deshalb kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er nicht mit einem Verhalten der Bekl. gerechnet hat, das außerhalb aller Lebenserfahrung lag. Daß aber die Bekl. das Vorfahrtrecht des auf der Hauptverkehrsstraße von rechts her kommenden Kl. nicht beachtete, mußte für den Kl. tatsächlich außerhalb aller Lebenserfahrung liegen. Wollte man dagegen von dem Kl. als dem Benutzer der Hauptverkehrsstraße grundsätzlich verlangen, daß er damit zu rechnen habe, ein Benutzer der Nebenstraße werde sein Vorfahrtrecht nicht beachten, dann würde das zur Folge haben, daß der Benutzer einer Hauptverkehrsstraße vor der Einmündung einer jeden Nebenstraße seine Geschwindigkeit herabsetzen müßte, weil er mit Verkehrspflichtverletzungen der Benutzer der Nebenstraße zu rechnen hätte. Die Einrichtung einer Hauptverkehrsstraße hat aber nur dann Zweck, wenn ihr Benutzer keine Rücksicht auf die einmündenden Nebenstraßen zu nehmen braucht, wenn nicht besondere Umstände vorliegen. Jedenfalls hatte der Kl. nicht die Pflicht, mit Rücksicht auf die Bekl. und wegen der Einmündung der von der Bekl. benutzten Nebenstraße langsam zu fahren. Gerade weil die Bekl. langsam an die Straßenkreuzung heranfuhr, konnte sich der Kl. darauf verlassen, daß sie sein Vorfahrtrecht beachtete.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 21. Okt. 1935, 8 U 176/35.)

*

Jena

24. §§ 864 Abs. 2, 866 ZPO.; § 419 BGB.; §§ 6, 40 GBO. Haftet bei der Vermögensübernahme der Übernehmer mit einem übernommenen Grundstücksanteil, so kann der Gläubiger die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem übernommenen Bruchteil des Grundstücks verlangen; daß der Übernehmer als Alleineigentümer des ganzen Grundstücks eingetragen ist, steht nicht entgegen.

Wohl kann grundsätzlich ein Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks nicht mit einer Hypothek belastet werden, wie sich aus § 1114 BGB. ergibt, und die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks ist nach § 864 Abs. 2 ZPO. nur zulässig, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht oder der Anspruch des Gläubigers sich auf ein Recht gründet, mit dem der Bruchteil als solcher belastet ist.

Diese grundsätzliche Regelung erfährt aber in bestimmten Fällen Ausnahmen. So hat das KG. (JW. 1933, 626[12]) für die nach § 128 ZwVerstG. einzutragende Sicherungshypothek zugelassen, daß sie nur auf dem versteigerten Miteigentumsanteil eingetragen werden könne, wenn der bisherige Miteigentümer den versteigerten Anteil erworben habe.

Für die Fälle der Anfechtung nach dem AnfG. hat das BayObLG. (JurRdsch. 1925, Bd. II: Rspr. Nr. 724) entschieden, daß der Anfechtungsgläubiger die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem von seinem Schuldner dem Anfechtungsgegner übertragenen Bruchteil eines Grundstücks verlangen könne, und daß dem die Eintragung des Anfechtungsgegners als Alleineigentümers des ganzen Grundstücks nicht entgegenstehe. Der Anfechtungsgläubiger könne beanspruchen, daß das durch die anfechtbare Handlung Veräußerte als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig zum Zweck der Zwangsvollstreckung zurückgewährt werde. Der Anspruch richte sich gegen den Empfänger des Veräußerten; die Rückgewähr erfolge nicht in das Vermögen des Schuldners, sondern in der Weise, daß der Empfänger die Zwangsvollstreckung in das Veräußerte so zu gestatten habe, als ob es nie aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen wäre. Bei Grundstücken sei die Zwangsvollstreckung so zu dulden, als ob der Schuldner noch eingetragener Eigentümer wäre. Eine Rückauflassung an den Schuldner und eine Berichtigung des Grundbuchs sei ausgeschlossen, da sich die Wirkung des Anfechtungsurteils auf die Parteien des Anfechtungsstreits beschränke. Das gelte auch, wenn das anfechtbar Veräußerte in dem ideellen Anteil an einem Grundstück bestanden habe und der Empfänger Alleineigentümer geworden und als solcher im Grundbuch eingetragen sei. Auch in diesem Fall habe er die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil des Grundstücks so zu dulden, als ob dieser noch zum Vermögen des Schuldners gehörte.

Was hier für § 7 AnfG. gesagt ist (vgl. auch Anm. von Kleinfeller: JW. 1921, 758[8] und Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., Erl. II 2 zu § 864), gilt in gleicher Weise auch für die Vermögensübernahme (§ 419 BGB.) und die Beschränkung der Haftung des Übernehmers auf den Bestand des übernommenen Vermögens (§ 419 Abs. 2 BGB.). Dieses entspricht dem anfechtbar Veräußerten. Besteht das übernommene Vermögen in dem ideellen Anteil an einem Grundstück und ist der Übernehmer als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen, so hat er die Zwangsvollstreckung in den übernommenen Bruchteil des Grundstücks zu dulden. § 864 Abs. 2 ZPO. steht schon deshalb nicht entgegen, weil sonst die Vollstreckung des Urteils, das die Haftung des Übernehmers auf den übernommenen Grundstücksanteil beschränkt, unmöglich wäre. Die Übernahme des Grundstücksanteils ist in diesem Fall rechtsähnlich dem Fall, daß sich der Anspruch des Gläubigers auf ein Recht gründet, mit dem der Bruchteil als solcher belastet ist. Für diesen Fall läßt aber § 864 Abs. 2 ZPO. die Vollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks selbst zu, und diese Regelung muß auch für rechtsähnliche Fälle gelten.

Was für die Vollstreckung im allgemeinen gilt, ist auch maßgebend für die Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 866 ZPO. Die Vorschr. der GBO. (§§ 6, 40) sind kein Hindernis (vgl. dazu die Ausführungen des BayObLG. a. a. O.).

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 5. Juli 1935, 2 W 254/35.)

*

Naumburg

25. §§ 5, 104 ff., 717 ZPO. Betreibt der Kläger aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil die Kostenfestsetzung, so treffen ihn die Kosten einer von ihm im Kostenfestsetzungsverfahren eingelegten, durch Fortfall des bloß vorläufig vollstreckbaren Titels gegenstandslos gewordenen Beschwerde selbst dann, wenn die Beschwerde bis zum Fortfall jenes Titels sachlich begründet gewesen ist.†)

Der Kl. hat auf Feststellung geklagt, daß der Bekl. zu 2 gewisse, über den Rahmen seiner Widerklage hinausgehende Ansprüche nicht hat. Der Bekl. zu 2 hat Widerklage auf Zahlung von 2000 *RM* erhoben; die Bekl. zu 1 hat widerklagend Zahlung von 1400 *RM* begehrt. Durch vorläufig vollstreckbares Urt. des LG. in X. v. 17. Aug. 1934 ist wie folgt erkannt worden:

1. Die Widerklage der Bekl. zu 1 wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage des Bekl. zu 2 wird der Kl. verurteilt, an den Bekl. zu 2 2000 *RM* zu zahlen.
3. Die Feststellungsklage des Kl. wird abgewiesen.
4. Die Bekl. zu 1 trägt ihre außergerichtlichen Kosten und 1/3 der Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Kosten des Kl., die übrigen Kosten des Rechtsstreits werden dem Kl. auferlegt.

Durch Beschl. v. 17. Aug. 1934 hat das LG. den Streitwert für die Feststellungsklage des Kl. gegen den Bekl. zu 2 auf 1000 *RM* festgesetzt.

Auf Antrag des Kl. erging am 14. Sept. 1934 der Kostenfestsetzungsbeschluß des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle v. 14. Sept. 1934, durch den die nach einem Gesamtstreitwert von 4400 *RM* von der Bekl. zu 1 an den Kl. zu erstattenden Kosten unter Absetzung eines Betrages von 21,80 *RM* Reisekosten für die Teilnahme am Termin v. 27. Febr. 1934 auf 311,62 *RM* festgesetzt worden sind.

Gegen diesen Beschluß hat der Kl. fristgerecht wegen des abgesetzten Betrages von 21,80 *RM* Erinnerung eingelegt. Ein Antrag der Bekl. zu 1 aus § 319 ZPO. (die Bekl. zu 1 habe nicht „die außergerichtlichen Kosten des Kl.", sondern nur 1/3 der außergerichtlichen Kosten des Kl. zu tragen) ist am 20. Okt. 1934 auf Anregung des Gerichts wieder zurückgenommen worden, nachdem das Gericht durch Beschl. v. 16. Okt. 1934 den Streitwert wie folgt erneut festgesetzt hat:

1. für die Widerklage der Bekl. zu 1 auf 1400 *RM*,
2. für die Widerklage des Bekl. zu 2 auf 2000 *RM*,
3. für die Feststellungsklage des Kl. gegen den Bekl. zu 2 auf 1000 *RM*.

Mit Schriftsatz v. 20. Okt. 1934 hat die Bekl. zu 1 darauf gem. § 107 ZPO. die Abänderung des Kostenfestsetzungsbeschl. v. 14. Sept. 1934 beantragt. Durch erneuten Kostenfestsetzungsbeschl. v. 22. Okt. 1935 hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die von der Bekl. zu 1 an den Kl. zu erstattenden Kosten anderweitig auf 175,32 *RM* festgesetzt, indem er diese Kosten nur nach dem Streitwert der Widerklage der Bekl. zu 1 von 1400 *RM* berechnet hat.

Gegen diesen am 25. Okt. 1934 zugestellten Kostenfestsetzungsbeschluß hat der Kl. am 3. Nov. 1934 Erinnerung eingelegt mit dem Antrage, die Kosten wie im Beschl. v. 14. Sept. 1934 festzusetzen. Durch Beschl. v. 23. Nov. 1934, zugestellt am 4. Dez. 1934, hat das LG. die Erinnerung des Kl. zurückgewiesen. Hiergegen hat der Kl. am 15. Dez. 1934 sofortige Beschw. eingelegt. Er hat beantragt, die Kosten nach einem Gesamtstreitwert von 4400 *RM* festzusetzen und die Kosten für die Terminswahrnehmung in Höhe von 21,80 *RM* mit zu berücksichtigen.

Die Bekl. zu 1 hat beantragt, die Beschw. zurückzuweisen.

Durch Urt. des Senats v. 17. Juni 1935 sind die Berufungen des Kl. und der Bekl. zu 1 zurückgewiesen und die Kosten für beide Rechtszüge dahin verteilt worden, daß die Bekl. zu 1 ihre außergerichtlichen sowie 2/5 der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des Kl., der Kl. aber alle übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt. Daraufhin haben der Kl. und die Bekl. zu 1 die sofortige Beschw. in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Gegner aufzuerlegen.

Das OLG. hat die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Kl. und BeschwF. auferlegt, die gerichtlichen aber niedergeschlagen. Es hat zunächst ausgeführt, daß die Beschw. bis zum Urt. des Senats v. 17. Juni 1935 begründet war, und daß der spätere Kostenfestsetzungsbeschl. v. 22. Okt. 1934 und der angefochtene Beschluß des LG., der ihn bestätigt, den unzulässigen Versuch darstellt, die sachlich unrichtige Kostenentscheidung nachträglich im Kostenfestsetzungsverfahren zu ändern, indem er die nach dem Urteilsausspruch von der Bekl. zu 1 an den Kl. zu erstattenden außergerichtlichen Kosten des Kl. nur nach dem Streitwert der Widerklage der Bekl. zu 1 (1400 *RM*), nicht aber nach der Gesamtsumme des Gegenstandes der Klage und der Widerklagen (4400 *RM*) festgesetzt hat. Nach § 5 ZPO. müssen die in einer Klage nebeneinander geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet und für die Kostenberechnung — nach § 10 RAGebO. i. Verb. m. § 13 DGKG. — auch die Gegenstände der Klage und Widerklagen, soweit sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen, zusammengerechnet werden. Eine Gleichheit der Gegenstände der Klage und der Widerklagen besteht hier nicht. (Dies wird näher ausgeführt.) Eine Trennung der Kosten nach Klage und Widerklagen war unzulässig. Das Urteil des LG. spricht klar aus, daß die Bekl. zu 1 1/3 der Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Kosten des Kl. zu tragen hat. Ob dieser die gesamten außergerichtlichen Kosten des Kl. der Bekl. zu 1 auferlegende Wortlaut der Kostenentscheidung der wahren Rechtslage entsprach, konnte im Kostenfestsetzungsverfahren nicht geprüft werden.

Trotzdem mußten die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Kl. auferlegt werden. Denn mit dem Urt. des BG. v. 17. Juni 1935, das die sachlich falsche Kostenentscheidung des LG. richtigstellt, ist der ursprüngliche nur vorläufig vollstreckbare Titel fortgefallen, der die Grundlage für das an sich zu Recht bemängelte neue Kostenfestsetzungsverfahren bildet (OLG. 19, 82; 27, 51). Im wirtschaftlichen Endergebnis hat sich also, wie die Kostenentscheidung des Bll. ergibt, der von der Bekl. zu 1 vertretene Rechtsstandpunkt als zutreffend erwiesen, mag er auch vom Standpunkt des vorläufig vollstreckbaren Titels zunächst unbegründet gewesen sein. Eine Erledigung der Hauptsache durch das Bll. im Sinne der Rspr. zu § 93 ZPO. liegt tatsächlich nicht vor. Dieses Urteil hat vielmehr lediglich die Bedeutung, daß es die dem gesamten Kostenfestsetzungs- und Beschwerdeverfahren verdeckt innewohnende begriffliche Bedingtheit durch den Bestand des Titels im Sinne des Ausfalles der Bedingung klarstellt. In Anlehnung an den allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 717, 943, nach dem auf seine Gefahr handelt, wer etwas gegen einen Schuldner unternimmt, dem noch nicht das volle rechtliche Gehör gewährt ist (RGZ. 108, 156 = JW. 1924, 1138), muß der Kl. die Kosten der auf seine Gefahr eingelegten Beschw. tragen. Die für den Sonderfall des § 890 ZPO. in RG.: SeuffArch. 75, 311 aufgestellten Grundsätze stehen dem nicht entgegen. Dort ist ausgeführt, die infolge der Zuwiderhandlung erkannte Strafe sei nicht die Folge der unter der Verantwortung des Gläubigers stehenden Vollziehung der EinstwVfg., sondern die Folge einer unter alleiniger Verantwortung des Schuldners stehenden und durch eine selbständige Handlung begangenen Straftat. Im vorl. Falle fehlt es aber gerade an diesem besonderen, die alleinige Verantwortung des Schuldners und damit seine endgültige Belastung mit dem Schaden begründendem Tatbestandsmerkmal. Vielmehr handelt es sich bei den Kosten des Beschwerdeverfahrens lediglich um einen Schaden, der durch die Vollstreckung des vorläufigen Titels — Vollstreckung im Sinne der sog. weiteren Vollstreckungswirkungen (Stein-Jonas, ZPO., Vorbem. III vor § 704) — entstanden ist. Diese Vollstreckung steht unter der alleinigen Verantwortung des Gläubigers. Ebensowenig können allgemeine Erwägungen über die Selbständigkeit des Kostenfestsetzungs- und Beschwerdeverfahrens als besonderer Instanz, wie sie aus gebührenrechtlichen Vorschriften hergeleitet werden können (z. B. §§ 23 Ziff. 3, 30 Ziff. 3 und 41 RAGebO.), diesem allein entscheidenden Gesichtspunkt entgegengehalten werden. Trägt aber danach der aus einem bloß vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstreckende Kl. die Gefahr seines Handelns, so müssen ihn die Kosten einer durch Fortfall des Vollstreckungstitels gegenstandslos gewordenen Beschw. im Kostenfestsetzungsverfahren ebenso treffen, wie er bei Fortfall des Vollstreckungstitels zur Erstattung derjenigen Beträge verpflichtet sein würde, die er auf Grund des ursprünglichen Kostenfestsetzungsbeschlusses

vom Gegner beigetrieben hat. Jedoch rechtfertigt es sich gem. § 6 DGKG., die gerichtlichen Gebühren und Auslagen des Beschwerdeverfahrens niederzuschlagen, da es bei richtiger Behandlung der Kostenfestsetzung durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und des LG. zu dem ganzen Beschwerdeverfahren nicht gekommen wäre.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 18. Sept. 1935, 6 W 325/34.)

Anmerkung: Die Entsch. berührt grundsätzliche Fragen des Aufbaues unseres Erkenntnis- wie Zwangsvollstreckungsverfahrens. Das Gericht sucht dem Fall aus § 717 Abs. 2 ZPO. gerecht zu werden. Das Ergebnis, zu dem es gelangt, erscheint zutreffend, der Weg aber nicht.

1. Geht der obsiegende Kl. oder Bekl. aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil vor, so handelt er auf eigene Gefahr. Er macht von dem noch nicht rechtskräftigen, sondern auflösend bedingten Urteil im eigenen Interesse Gebrauch, und zwar in Kenntnis dessen, daß der Titel zunächst nur vorläufiger Natur ist, daß also eine spätere Entsch. anders ausfallen kann als die ihm seinen Anspruch bestätigende und dessen zwangsweise Befriedigung gewährende Entscheidung. Durch den Eintritt der auflösenden Bedingung ergibt sich dann, daß der Gläubiger zwar zwischenzeitlich rechtmäßig (vgl. § 717 Abs. 1 ZPO.) gehandelt hat, nicht aber endgültig. In Verfolg dessen verlangt die Billigkeit einen Ausgleich (s. a. RG.: JW. 1931, 2107[15]). Das Gesetz nimmt ihn in § 717 Abs. 2 ZPO. derart vor, daß der gesamte Schaden des Schuldners aus der Vollstreckung des nunmehr aufgehobenen bzw. geänderten Urteils oder aus seiner Leistung zur Abwendung dieser Vollstreckung auf den Gläubiger als den Veranlasser überwälzt wird. Die Ersatzpflicht des Gläubigers umfaßt auch den nur mittelbaren Schaden, den der Schuldner durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erlitten hat.

2. Zwar beginnt die Wirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit sofort mit der Verkündung des betr. Urteils. Damit beantwortet sich aber keineswegs bereits, was Vollstreckung des Urteils sachlich und zeitlich im Sinne der beiden Alternativen des § 717 Abs. 2 ZPO. bedeutet. Für deren erste (Vollstreckung des Urteils) ist sachlich irgendwelche Zwangsvollstreckungsmaßnahme und zeitlich der wirkliche Beginn der Zwangsvollstreckung notwendig (vgl. Baumbach, Grdz. Nr. 6 vor § 704 ZPO.). Bei der zweiten Alternative (Leistung des Schuldners zur Abwendung der Vollstreckung) spitzt sich die Frage auf das zeitliche Moment zu. Denn das Gesetz billigt in § 717 Abs. 2 ZPO. die Abwehr jeglicher Zwangsvollstreckungsmaßnahme durch den Schuldner. Hieraus folgt zugleich, daß hier der Zeitpunkt für zum Ersatz berechtigende Abwendungsleistungen des Schuldners schon früher liegen kann als der Beginn der Zwangsvollstreckung ihm gegenüber. Der erhebliche Zeitpunkt ist hier jedenfalls bereits der entsprechende Vollstreckungsauftrag bzw. -antrag des Gläubigers, der den Schuldner zu Abwendungsmaßnahmen mit der Folge des § 717 Abs. 2 ZPO. berechtigt, und nicht erst wie bei der ersten Alternative die erste Zwangsvollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers oder die Verfügung der ersten Zwangsvollstreckungsmaßnahme durch das Gericht. Nach RG.: JW. 1932, 654[16] löst aber auch bereits die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung an die unterlegene Partei die Gefährdungshaftung des Gläubigers aus, weil der Gläubiger damit den äußeren Anschein erwecke, daß er zu vollstrecken beabsichtige (a. A. Baumbach, ZPO. § 717 Anm. 3 E).

3. Bei der Betreibung eines Kostenfestsetzungsverfahrens handelt es sich weder sachlich noch zeitlich um Zwangsvollstreckung im Sinne der beiden Alternativen des § 717 Abs. 2 ZPO. Deshalb sucht das Gericht im vorl. Falle die Kosten des Beschwerdeverfahrens als Schaden aus der Durchführung einer sog. weiteren Vollstreckungswirkung i. S. von Stein-Jonas, ZPO., Vorbem. III vor § 704 zu betrachten. Auch Stein-Jonas rechnet in § 717 II 4 Abs. 2 zu diesen: „Festsetzung und Beitreibung der Kosten, einschließlich der Kosten dieses Verfahrens." Die von ihm a. a. O. angeführten Belegstellen beziehen sich aber nur auf den Fall der Beitreibung der Kosten auf Grund eines ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlusses, also auf einen Fall, der sich als unmittelbare Vollstreckungswirkung eines dem Urteil i. S. des § 717 Abs. 2 gleichstehenden Titels (s. a. Stein-Jonas § 717 VI) darstellt, damit aber gerade anders liegt als der vorl. Fall. Für diesen ist zu prüfen, ob die Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren über die Kostenfestsetzung auf Grund eines später aufgehobenen bzw. abgeänderten Urteils aus dem Gesichtspunkt der (materiellrechtlichen) Schadenstragungspflicht des Gläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO. entnommen werden kann. Dies erscheint als Umweg. Es liegt näher, auch hier die Kostenentscheidung unmittelbar verfahrensmäßig zu begründen.

Die Kostenfestsetzung, ihr Verfahren wie ihr Beschluß beruht zwar auf der Vollstreckbarkeitswirkung des Titels (§ 103 ZPO.), hier also auf der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils. Das Verfahren zur Kostenfestsetzung einschließlich Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens ist aber noch Erkenntnisverfahren, das hier wie durchgängig in der ZPO. scharf vom Vollstreckungsverfahren geschieden ist. Es ist ein dem Urteil angehängtes Nachverfahren mit begrenzter Prüfung, nämlich um die Höhe der bereits in und durch das vorausgegangene Verfahren bis zum Urteil bestimmbar gewordenen Kosten zu bestimmen. Durch die begrenzte Prüfung kennzeichnet es sich zugleich als Verfahren mit begrenzter Selbständigkeit. Das vorausgegangene Urteil stellt bereits die Kostenpflicht dem Grunde nach fest. Auf dieses zugrunde liegende Urteil ist somit Kostenfestsetzungsverfahren und Kostenfestsetzungsbeschluß (trotz seiner eigenen formellen und materiellen Rechtskraft, vgl. Baumbach § 104 ZPO. Anm. 2 D) bezogen und von ihm abhängig. (Ebenso Baumbach § 103 ZPO. Anm. 1 B.) Zufolge dieser Abhängigkeit wirkt sich eine Abänderung oder Aufhebung des Urteils, sei es hinsichtlich seines Kostenanspruches, sei es hinsichtlich seiner Vollstreckbarerklärung, von selbst und unmittelbar ebenso wie auf den Kostenfestsetzungsbeschluß auf ein in diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossenes Kostenfestsetzungsverfahren aus. Folge dieser Bezogenheit und Abhängigkeit ist es dann weiter, daß der Ausspruch über die Kosten des Kostenfestsetzungsverfahrens dem Umstand und Umfang der Aufhebung oder Änderung des zugrunde liegenden Urteils Rechnung zu tragen hat. Das befolgt auch der obige Beschluß. Wenn auch das Kostenfestsetzungsverfahren kostenrechtlich eine besondere Instanz bildet, weshalb über die Kosten des Kostenfestsetzungsverfahrens selbständig zu entscheiden ist, so beseitigt dies doch keineswegs die Beachtung der inneren Abhängigkeit des Kostenfestsetzungsverfahrens vom ferneren Schicksal des zugrunde liegenden zunächst nur vorläufig vollstreckbaren Urteils. Diese Abhängigkeit geht als prozessuale nicht nur dem kostenrechtlichen Aufbau voran, sondern beeinflußt auch unmittelbar die ebenfalls prozessuale Frage der Kostentragung für dieses Nachverfahren.

4. Des Umweges über § 717 Abs. 2 ZPO. bedarf es hier also nicht. Er erscheint auch praktisch gefährlich, weil er auf eine Ausweitung der nicht leicht zu nehmenden Gefährdungshaftung hinausläuft und ohne Not klare Verhältnisse auf einem heiklen Gebiete verwischt. Die Gefährdungshaftung des Obsiegenden bei der Verfolgung des Kostenpunktes aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil beginnt vielmehr erst, wenn er aus dem ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluß vollstreckt bzw. wenn diese Vollstreckung dem Schuldner begründet droht. Denn dem Kostenfestsetzungsbeschluß kommt eigene Vollstreckbarkeitswirkung zu (vgl. §§ 794, 798 ZPO.), die es zuläßt, selbständig den Beginn der Zwangsvollstreckung im Sinne der beiden Alternativen des § 717 Abs. 2 ZPO. beim Kostenfestsetzungsbeschluß zu beurteilen.

5. Daß im Kostenfestsetzungsverfahren kein Raum ist, einen sachlich unrichtigen Kostentragungsausspruch des zugrunde liegenden Urteils zu korrigieren, sollte eigentlich bei jedem Gericht bekannt sein, ebenso, daß sich an der zwingenden Zusammenrechnungsvorschrift des § 5 ZPO. nicht vorbeigehen läßt. Gegen beides hatte die Vorinstanz verstoßen. Deshalb schlägt der Beschluß gem. § 6 GKG. verständlicherweise die gerichtlichen Gebühren und Auslagen nieder. Dies vermag aber nicht zu einer anderen als der im Beschluß enthaltenen Entscheidung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu führen.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

26. § 25 RStraßVerkO. Verhältnis zur AusfAnw. v. 29. Sept. 1934.

1. Die AusfAnw. ist eine der VerkO. gleichstehende Rechtsnorm, die im § 36 selbständig unter Strafschutz gestellt ist.

2. § 25 macht die Bestrafung von einer wirklichen Schädigung, Behinderung oder Belästigung abhängig, die AusfAnw. zum § 25 dagegen nicht; sie gibt besondere Vorbeugungsmaßregeln.

3. Ein Verstoß gegen die AusfAnw. zum § 25 ist dann nicht strafbar, wenn eine Schädigung usw. nach der besonderen Lage des Falles überhaupt nicht in Frage kommt.

4. Hiernach ist es im Einzelfalle Tatfrage, ob das Führen eines Fahrrades auf dem Bürgersteig einen strafbaren Verstoß gegen die AusfAnw. zum § 25 Abs. 2 Ziff. I darstellt.

5. Der Gegenbeweis, daß eine Verkehrsbehinderung nicht eingetreten sei, darf nicht versagt werden.

Das AG. hat den Angekl. wegen Zuwiderhandlung gegen Abs. 2 Ziff I AusfAnw. zum § 25 bestraft, weil er wegen Sperrung der Fahrbahn sein Fahrrad auf der allein frei gegebenen Gehbahn geführt hatte. Nach dieser Vorschr. ist, wenn eine Straße für einzelne Arten des Verkehrs erkennbar bestimmt ist, wie z. B. ein Fußweg, dieser Verkehr auf den ihm zugewiesenen Straßen-

teil beschränkt, der übrige Verkehr hiervon ausgeschlossen. Der ein Fahrrad führende Angekl. rechnet aber nicht zu den Fußgängern in diesem Sinne; denn vom Standpunkt der Wegebenutzung ist Fußgänger nur, wer sich lediglich auf seinen Füßen fortbewegt, losgelöst von jeder Verbindung mit anderer Wegebenutzung irgendwelcher Art (vgl. Müller, Straßenverkehrsrecht, 10. Aufl., S. 623, 476). Auch das geführte Fahrzeug ist im Verkehr; denn Verkehr i. S. der RStraßVerkO. — im Gegensatze zum Betriebe — bedeutet Benutzung der öffentlichen Straße (Müller S. 89/90). Der Angekl. hat also die öffentliche Straße nicht nur zur Fortbewegung seiner Füße, sondern auch seines Fahrrades benutzt. Man muß daher — in Übereinstimmung mit Schifferer (2. Aufl., Anm. 3 zu § 11) — davon ausgehen, daß gemäß AusfAnw. zum § 25 Abs. 2 Ziff. I Fußgänger ein mitgeführtes Fahrrad grundsätzlich auf der Fahrbahn führen müssen. Damit ist indessen noch keineswegs gesagt, daß jedes Abweichen von dieser Regel strafbar wäre. Nach § 25 soll sich jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr so verhalten, daß er keinen anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt. Daraus folgt, daß das Verhalten des Verkehrsteilnehmers — nach § 25 — nur strafbar ist, wenn es den Erfolg einer Schädigung, Behinderung oder Belästigung gehabt hat (vgl. Müller: DAutoR. 1934 Sp. 164). Die Ansicht von Zapf (JW. 1934, 2900), es genüge zur Strafbarkeit, wenn das Verhalten des Verkehrsteilnehmers geeignet sei, andere zu schädigen usw., steht mit dem Wortlaut des § 25 und mit dem Erlaß des RVerkMin. v. 29. Dez. 1934 (RKraftf. 1935, 6) in Widerspruch. Hat der Erlaß auch keine rechtsverbindliche Kraft, so ist er doch für die Auslegung der von demselben Minister erlassenen StraßVerkO. von maßgeblicher Bedeutung. Ob auch bei der AusfAnw. zum § 25 ebenso wie beim § 25 selbst der Erfolg der Schädigung usw. eine Voraussetzung der Strafbarkeit bildet, ist streitig. Der Senat tritt hier der Auffassung Schifferers, Anm. 2 zu § 25 S. 150 und RKraftf. 1935, 195) und des BayObLG. (Urt. v. 5. April 1935: RKraftf. 1935, 168) bei. Der Ausgangspunkt der Vertreter der entgegengesetzten Meinung, daß nämlich zwischen § 25 und der AusfAnw. dazu rechtlich ein Abhängigkeitsverhältnis bestehe, trifft nicht zu. Wie Müller (JW. 1934, 2882 und DAutoR. 1934 Sp. 161 f.) überzeugend ausgeführt hat, handelt es sich sowohl beim § 25 wie bei der AusfAnw. um selbständige, einander gleichstehende Rechtsnormen. Die AusfAnw. war nicht etwa auf Grund der RStraßVerkO. und deshalb nur in ihrem Rahmen zu erlassen. Beide sind vielmehr von dem RVerkMin. auf Grund des § 6 KraftfG. v. 3. Mai 1909 erlassen und selbständig im § 36 RStraßVerkO. unter Strafschutz gestellt. Es besteht somit kein rechtliches Hindernis, in der AusfAnw. für einzelne Fälle die Best. der RStraßVerkO. zu erweitern oder einzuschränken oder sogar abzuändern und aufzuheben. Der Zweck des § 25 und der AusfAnw. dazu wird in dem Vorspruch klargelegt. Danach soll § 25 die allgemeine Vorschr. für das Verhalten des Verkehrsteilnehmers in allen, im einzelnen nicht geregelten und wegen der Mannigfaltigkeit des Verkehrs auch gesetzlich gar nicht zu erfassenden Verkehrsfällen geben; es wird daselbst vom Verkehrsteilnehmer nur gefordert, daß er keinen anderen schuldhaft schädige usw. In der AusfAnw. dagegen werden einige Einzelfälle „zur Verhinderung" solcher Schädigungen usw. bestimmt geregelt. Sie will also besondere Vorbeugungsmaßregeln geben, deren Nichtbefolgung nach § 36 RStraßVerkO. ohne weiteres die Bestrafung nach sich zieht, gleichgültig ob eine Schädigung usw. wirklich eingetreten ist. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch die Fassung der AusfAnw. Drückte sie nur dasselbe aus, was schon § 25 bestimmt, wäre sie überflüssig. Es bestehen auch Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe dafür, im Falle des § 25, wo der Verkehrsteilnehmer sich den richtigen Weg für sein Vorgehen erst selbst suchen muß, die Bestrafung von einer wirklichen Schädigung usw. abhängig zu machen, in den Fällen der AusfAnw. dagegen schon dann anzudrohen, wenn er die ihm hier klar und bestimmt vorgeschriebenen Weisungen für sein Verhalten unbachtet läßt.

Daraus, daß die AusfAnw. ihren Zweck, Schädigungen anderer usw. vorzubeugen, selbst angibt, folgt ferner, daß sie dann nicht angewandt werden soll, wenn eine solche Schädigung usw. nach der besonderen Lage des Falles überhaupt nicht in Frage kommt. Den gleichen Gedanken hat auch der RVerkMin. neuerdings im Erlaß v. 23. Okt. 1935 (RVerkBl. 163) ausgesprochen (wiedergegeben DJ. 1935, 1577/8). Darin wird z. B. für Fußgänger (Abs. 2 Ziff. VI Abs. 1 der AusfAnw. zum § 25) gesagt, sie brauchten nicht gezwungen zu werden, sich in verkehrsstillen Stunden an bestimmte Übergänge über die Fahrbahn zu halten. Bei Berücksichtigung dieser Rechtslage ist die Auffassung des AG., Fahrräder dürften überhaupt nicht auf dem Fußgängerwege geführt werden, sowie die Ausschließung eines jeden Gegenbeweises über die Frage, ob eine Verkehrsbehinderung vorgelegen habe, unzutreffend. Das AG. hätte vielmehr auf die Behauptung des Angekl., sein Verhalten sei nicht verkehrshindernd gewesen, eingehen und prüfen müssen, ob nach der bestimmten Verkehrslage und den örtlichen Verhältnissen (z. B. Breite der Gehbahn, Verkehrsverhältnisse) zur Zeit und am Orte der Tat durch das Verhalten des Angekl. die Gefahr einer Schädigung, Behinderung oder Belästigung anderer ausgeschlossen war oder nicht.

Das Urteil des AG. unterlag deshalb der Aufhebung. Bei der erneuten Verhandlung läßt sich auch berücksichtigen, daß die Gefahr einer Schädigung usw. durch ein vorsichtig mitgeführtes Fahrrad meist verhältnismäßig viel geringer ist als bei sonstiger Wegebenutzung mit Fahrzeugen, und daß bei vorübergehenden Straßensperrungen oder in ähnlichen Ausnahmefällen auch die übrigen Verkehrsteilnehmer nach dem gerade auch im Verkehr zu beachtenden nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken geringfügige Behinderungen und Belästigungen in Kauf nehmen müssen. Auch wird bei wiederholter Verurteilung auf das oben dargelegte Verhältnis des § 25 zur AusfAnw. zu achten und demgemäß der Angekl. dann wegen Übertretung des § 36 RStraßVerkO. i. Verb. m. Abs. 2 Ziff. I AusfAnw. zum § 25, nicht auch i. Verb. m. § 25 RStraßVerkO. selbst zu verurteilen sein.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 19. Nov. 1935, 1 Ss 441/35.)

*

Dresden

27. §§ 23 Abs. 2, 25, 26 Abs. 6 RStraßVerkO. Pflicht des Lastkraftwagenführers, den Rückspiegel zu benutzen; der Eingeholte handelt auch schuldhaft, wenn er aus Unachtsamkeit nicht bemerkt, daß ihn ein schnellerer Verkehrsteilnehmer überholen will. Verhältnis zwischen § 25 und den §§ 26—30.

Die Vorschr. des § 23 Abs. 2 RStraßVerkO., daß Kraftfahrzeuge mit einem Gesamtgewicht von mehr als 3,5 t einen Rückspiegel haben müssen, ist gegeben worden, weil bei Lastkraftwagen häufig die Beobachtung durch Auge und Ohr nach hinten für den Führer durch einen Umbau am Führersitz und starkes Eigengeräusch des Wagens erschwert oder verhindert ist. Der Spiegel soll diese Hindernisse beheben. Durch ihn soll der Führer wahrnehmen, was der Führer eines anderen Wagens ohne weiteres durch Hören von Signalen oder durch Umschauen gewahrt. Der Lastkraftwagenführer hat daher — und daran ändert auch nichts der Umstand, daß die fragliche Vorschr. unter die Best. über die Ausrüstung der Krafifahrzeuge aufgenommen worden ist, die Pflicht, den Spiegel zu benutzen, um festzustellen, ob beispielsweise ein schnellerer Wagen ihn überholen will (vgl. OLG. Naumburg v. 29. Mai 1929: DRZ. 1929, Rspr. Nr. 928 zu der früher geltenden inhaltlich gleichlautenden Vorschr. in § 4 Nr. 8 KraftfVerkVO. i. d. Fass. v. 16. März 1928 [RGBl. 91]).

Dauernde Benutzung ist nicht nötig. Wenn der BeschwF. hier auf einer Strecke von mindestens 7 km die Überholungsabsicht des hinter ihm fahrenden K. infolge unterlassener Benutzung des Spiegels nicht bemerkt hat, so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß er seine Pflicht, den Blick in den Rückspiegel zu werfen, verletzt habe. Dadurch, daß er diese Pflicht nicht rechtzeitig erfüllte und infolgedessen nicht schon eher durch Rechtsfahren die Straße zum Überholen freigab, hat er, wie der Amtsrichter rechtlich bedenkenfrei annimmt, K. fahrlässigerweise mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert und somit dem § 25 RStraßVerkO. zuwidergehandelt.

Der Amtsrichter hat hierbei jedoch außer acht gelassen, daß der BeschwF. durch das gleiche fahrlässige Verhalten auch gegen die Vorschr. in § 26 Abs. 6 RStraßVerkO. verstoßen hat, nach welcher der Eingeholte dem schnelleren Verkehrsteilnehmer das Überholen durch Einhalten der äußersten rechten Straßenseite zu ermöglichen hat. Auch dieser Tatbestand verlangt entgegen der von der Rev. vertretenen Meinung ebensowenig wie der Tatbestand des § 25, daß der Fahrer den anderen von ihm behinderten Wegebenutzer bemerkt habe; es genügt für beide Tatbestände fahrlässiges Nichtbemerken.

Durch den in der Nichtberücksichtigung der Verletzung des § 26 Abs. 6 RStraßVerkO. liegenden Mangel des Urteils ist jedoch der BeschwF. nicht beschwert. Die Zuwiderhandlungen gegen die beiden angeführten gesetzlichen Best. stehen zueinander im Verhältnis der Tateinheit i. S. von § 73 StGB. Ein Fall der sog. Gesetzeskonkurrenz liegt nicht vor; denn es ist nicht so, daß die §§ 25 und 26 RStraßVerkO. denselben Tatbestand aufstellten, dabei aber der § 26 ein Begriffsmerkmal oder mehrere in engerer Begrenzung und besonderer Gestaltung enthalte. Verletzungen einer der in den §§ 26—30 gegebenen besonderen Verkehrsregeln sind ohne Rücksicht auf einen etwa eingetretenen Erfolg strafbar, während § 25 jede Schädigung und vermeidbare Behinderung oder Belästigung eines anderen unter Strafe stellt, auch wenn eine der Sondervorschriften der §§ 26 ff. nicht verletzt worden ist.

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Urt. v. 25. Sept. 1935, 21. 88/35.)

28. § 25 RStraßVerkO.; § 27 Abs. 1 Satz 3 AusfAnw. Längere Bremsstrecke bei Straßennässe. Mißbrauch des Vorfahrtrechtes. †)

Der Amtsrichter hat als erwiesen angesehen, daß die Bremsstrecke 18 m lang war. Damit steht die weitere tatsächliche Feststellung im Einklang, der Angekl. sei mit einer Geschwindigkeit von 40—50 Stundenkilometer gefahren. Bei der Errechnung dieser Geschwindigkeit ist der Vorderrichter von der Erfahrungstatsache ausgegangen, daß die Bremsstrecke eines mittelstarken Gebrauchswagens, wie ihn der Angekl. führte, bei einer Geschwindigkeit von 50 Stundenkilometer bei trockenem Wetter ohne Schreckſekunde etwa 18 m beträgt. Und er hat weiter berücksichtigt, daß infolge der Nässe der Straße der Bremsweg des Angekl. etwas länger gewesen sein möge. Die Rüge der Rev., der Vorderrichter habe den allgemeinen Erfahrungssatz außer acht gelassen, daß bei schlüpfrigem Wetter der Bremsweg länger ist, ist also unbegründet.

Richtig ist, daß der Vorderrichter nicht zu der Frage Stellung genommen hat, ob dem Angekl. oder dem Zeugen L. die Vorfahrt zustand. Auch wenn dem Angekl. wirklich nach den alten Vorfahrtsbestimmungen in § 24 KraftfVerkVO. oder nach der am 1. Jan. 1935 in Kraft getretenen Vorfahrtsregelung in § 27 Abs. 1 RStraßVerkO. die Vorfahrtsberechtigung zugestanden hätte, so vermöchte ihn das doch nicht zu entlasten. Denn er hätte dann dieses Recht in einer Weise mißbraucht, die zu einer Gefährdung und Schädigung eines langsameren Verkehrsteilnehmers führen mußte und geführt hat. Das war ihm sowohl nach altem Recht (§ 18 Abs. 1 KraftfVerkVO.) wie nach neuem Recht (AusfAnw. zum § 27 Abs. 1 Satz 2 RStraßVerkO.) verboten und strafbar im Rahmen des § 25 RStraßVerkO., der zur Tatzeit bereits in Kraft war. Die für ihn rechtzeitig erkennbare Verkehrslage verpflichtete ihn, entweder etwas langsamer zu fahren, um seinen Wagen rechtzeitig zum Halten bringen zu können, oder den bereits in die S.-straße vorschriftsmäßig in kurzer Wendung eingebogenen Kraftwagen ohne Halt zu umfahren. Letzteres wäre nach den Feststellungen über Örtlichkeit und Verkehrslage ohne Gefährdung, Behinderung oder Schädigung möglich gewesen.

Auch die Anwendung des § 36 RStraßVerkO. als Rahmenstrafvorschrift ist nicht zu beanstanden. Die früher vom Senat im Anschluß an Flögel, Straßenverkehrsrecht 1935, Anm. 1 zu § 36 RStraßVerkO. vertretene Ansicht, daß bei Verstößen von Kraftfahrzeugführern gegen die RStraßVerkO. die Strafe dem § 21 KraftfG. zu entnehmen sei, wird nicht mehr aufrechterhalten. Der Senat schließt sich vielmehr der vom RG. vertretenen Auffassung an, daß auf Verstöße gegen die RStraßVerkO. stets § 36 RStraßVerkO. als Strafvorschrift anzuwenden ist (vgl. RVerkBl. 1935, 79).

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Urt. v. 26. Juni 1935, 21. 71/35.)

Anmerkung: Das Urteil erweckt Bedenken in zwei Richtungen:

1. Die wirkliche Bremsstrecke als einwandfreie Berechnungsgrundlage festzustellen, ist selten möglich. Die üblichen Berechnungen von Geschwindigkeiten aus Bremsstrecken haben sich nach den neuesten Forschungen als unzuverlässig herausgestellt (vgl. Schneider-Lossagk, Verkehrsunfälle, S. 92—115; vgl. auch OLG. Kassel v. 4. März 1935: DAR. 1935 Sp. 286).

2. Das Urteil übergeht die dem Verf. bekannte und für das Dresdner Gericht als gerichtskundig anzusehende Tatsache, daß die vom Angekl. befahrene S.straße eine als Straße 1. Ordnung beschilderte Straße mit Sondervorfahrtsrecht ist, und daß deshalb der Angekl. sich auf dieses Sondervorfahrtrecht mußte verlassen dürfen. Überdies bezweckt das im Urteil hervorgehobene Verbot, das Vorfahrtrecht zu mißbrauchen (Abs. 1 Satz 3 AusfAnw. zu § 27), ausdrücklich nur den Schutz der langsam beweglichen Verkehrsteilnehmer, also nicht den Schutz des motorisierten Verkehrs, so daß seine Anwendung im vorl. Fall ausscheidet.

RA. Dr. Gülde, Dresden.

*

29. § 24 KVO., § 25 RStraßVerkO. Eine Geschwindigkeit von 40 km/St. kann an einer nur infolge der Häuserblocks unübersichtlichen Straßenkreuzung nicht ohne weiteres als zu hoch anzusehen sein; ein Vorsprung von 30 m des an sich nicht zur Vorfahrt Berechtigten beseitigt nicht das Vorrecht des andern; der zur Vorfahrt Berechtigte darf grundsätzlich auf ihre Beachtung vertrauen.

Der Angekl. A. fuhr am 8. Okt. 1934 mit seinem Kraftwagen auf der Hauptverkehrsstraße H. mit einer Geschwindigkeit von mindestens 40 Stundenkilometern stadteinwärts. Er näherte sich in unverminderter Geschwindigkeit der Kreuzung mit der Straße. Zur gleichen Zeit kam von links aus der Straße der Mitangekl. B. mit erheblich geringerer Geschwindigkeit mit seinem Kraftwagen gefahren und wollte die Straße noch vor A. kreuzen. Die beiden Fahrzeuge stießen zusammen, als B. die Kreuzung so weit überquert hatte, daß er sich mit dem vorderen Teile des Wagens wieder auf der Fahrbahn der Straße befand.

Die Schuld an diesem Zusammenstoße mißt der AR. ausschließlich dem Angekl. A. bei. Er erblickt dessen fahrlässiges Verhalten darin, daß er sich mit einer Geschwindigkeit der unübersichtlichen Kreuzung genähert habe, die ihm nicht gestattet habe, beim Antreffen eines Hindernisses seinen Wagen auf kürzeste Entfernung zum Halten zu bringen.

Wenn der AR. mit diesen Ausführungen hat sagen wollen, ein Kraftfahrer verstoße schon dann gegen den § 25 RStraßVerkO., wenn er sich in einer Großstadt auf einer Hauptverkehrsstraße mit einer Geschwindigkeit von 40 Stundenkilometern einer Kreuzung nähere, die nur infolge der Häuserblocks unübersichtlich ist, so wäre das rechtsirrig. Damit würden entgegen dem Sinn und dem Zweck der neuen RStraßVerkO. dem großstädtischen Kraftverkehr unnötige Fesseln auferlegt. Die Kraftfahrer würden dadurch bei der Häufigkeit derartiger Kreuzungen und ihren geringen Abständen voneinander tatsächlich gezwungen, auch bei freier Fahrbahn mit einer Höchstgeschwindigkeit von etwa 30 km zu fahren. Die durch die StraßVerkO. aufgehobenen Geschwindigkeitsbegrenzungen würden dadurch auf Umwegen wieder eingeführt.

Besondere Umstände aber, aus denen sich für den Angekl. gerade an dieser Kreuzung die Verpflichtung zum langsameren Fahren ergeben hätte, sind im Urt. nicht festgestellt. Falls der AR. diese besonderen Umstände etwa in der Tatsache erblickt haben sollte, daß B. mit seinem Kraftwagen ohne Rücksicht auf den herannahenden Kraftwagen des Angekl. A. in die Straßenkreuzung einfuhr, so würde auch diese Annahme rechtsirrig sein; denn der Angekl. A. kam von rechts und hatte das Vorfahrtsrecht, weil nach der ganzen Sach- und Verkehrslage anzunehmen war, daß die beiden Fahrzeuge gleichzeitig oder annähernd gleichzeitig auf der Kreuzung eintreffen würden. Wenn die Straße eine Nebenstraße sein sollte, so wäre das Vorfahrtsrecht des A. übrigens auch dadurch begründet gewesen, daß er sich mit seinem Kraftwagen auf der Hauptverkehrsstraße bewegte. Entgegen der Bestimmung des nach Art. I EinfVO. zur RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934 (RGBl. I, 455) zur Zeit der Tat — dem 8. Okt. 1934 — noch geltenden und deshalb auf den vorl. Fall anzuwendenden § 24 KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932 (RGBl. I, 201) sieht der AR. den Mitangekl. B. als vorfahrtsberechtigt an. Er begründet das allein damit, daß A. noch mindestens 30 m von der Baufluchtlinie der Straße entfernt gewesen sei, als B. an die Baufluchtlinie der Straße herankam, daß also die Kreuzung für B. frei gewesen sei. Auch dies ist rechtsirrig. A. mußte mit seiner erheblich größeren Geschwindigkeit in der gleichen Zeit auch eine erheblich größere Strecke zurücklegen als B., und schon die Tatsache des Zusammenstoßes noch in der Kreuzung beweist, daß beide Fahrzeuge gleichzeitig auf der Kreuzung eingetroffen sind, und daß die Berechnung des B. falsch gewesen ist.

Auch die Annahme des AR., daß A. noch ein weiterer Verstoß gegen die StraßVerkO. zur Last falle, ist nicht frei von Rechtsirrtum. Der Angekl. hat seinen Wagen im Gefahrenmoment nach rechts gesteuert. Das angefochtene Urt. stellt fest, das sei fahrtechnisch falsch gewesen, und A. hätte durch Linkseinschlagen des Steuers den Unfall vermeiden können. Ob aber den Angekl. A. für diese Handlung auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft, ob sie also auf Fahrlässigkeit beruht, ist nicht ausreichend festgestellt. Der AR. hätte erwägen müssen, daß der Angekl. A. vorfahrtsberechtigt war und deshalb auch zunächst annehmen durfte, B. werde dieses Vorfahrtsrecht beachten. Es hätte der Feststellung bedurft, wann der Angekl. hätte erkennen können und müssen, daß B. ihm das Vorfahrtsrecht nicht einräumen würde, ferner, ob ihm das Gegeneinanderabwägen der verschiedenen Ausweichemöglichkeiten dann noch zuzumuten war, oder ob ihn etwa die Einwirkung des Schreckes vom strafrechtlichen Verschulden befreit (RGSt. 65, 142).

(OLG. Dresden, 3. StrSen., Urt. v. 24. Mai 1935, 22. 40/35.)

*

Jena

30. Art. 5 Nr. 2 RGes. v. 24. Nov. 1933. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist auch dann zulässig, wenn der Täter die dritte Strafe noch zu verbüßen hat. †)

Gegen den Angekl. ist nach Art. 5 Nr. 2 des Ges. v. 24. Nov. 1933 nachträglich die Sicherungsverwahrung angeordnet worden. Von den drei Strafen, auf welche sich die Anordnung stützt, verbüßt er jetzt die zweite. Die dritte Strafe wird sich an diese anschließen; ihretwegen ist Überhaft vorgemerkt. Die Rev. macht geltend, daß die Anordnung zur Zeit unzulässig sei, da der Angekl. gegenwärtig die dritte Strafe nicht verbüßt.

Es ist zweifelhaft, was der Gesetzgeber in Art. 5 Nr. 2 des Ges. v. 24. Nov. 1933 unter dem weiteren, vor dem 1. Jan. 1934 ergangenen Urteil versteht. Während das Erläuterungsbuch von Schäfer-Wagner-Schafheutle (Anm. 9 zu Art. 5 Nr. 2) jedes dritte Urteil ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihen-

folge genügen läßt, faßt das RG. den Begriff „weiter" i. S. einer zeitlichen Reihenfolge. Es hat deshalb (RGSt. 68, 214 = JW. 1934, 2849[10]) die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr zugelassen, wenn die im dritten Urteil erkannte Strafe vor dem 1. Jan. 1934 bereits verbüßt ist, mag der Täter auch noch eine frühere Strafe verbüßen. Aber auch von dieser strengeren Auffassung des RG. aus ergibt sich die Zulässigkeit der Anordnung in dem hier zu entscheidenden Fall. Mit der Voraussetzung für die Anordnung, daß der Täter nach dem 1. Jan. 1934 auf Grund eines weiteren Urteils Freiheitsstrafe verbüßt, wollte der Gesetzgeber eine zeitliche Grenze gegenüber der Vergangenheit ziehen. In Fällen, in denen in diesem Zeitpunkte die Strafverbüßung erledigt war, sollte die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr zulässig sein. Hier aber steht umgekehrt die Strafverbüßung noch bevor. Sie ist auch insofern schon wirksam, als sie mit dem Wegfall der Verbüßung der zweiten Strafe ohne weiteres einsetzt; sie bildet mit ihr eine Einheit. Wollte man in strenger Auslegung des Wortlauts fordern, daß die Verbüßung der dritten Strafe tatsächlich bereits begonnen habe, so würde die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht überhaupt, sondern nur zur Zeit unzulässig sein. Daß der Gesetzgeber eine solche Hinausschiebung der Entsch. gewollt haben könnte, ist nicht anzunehmen. Denn auch in den Regelfällen der Aburteilung nach dem 1. Jan. 1934 erfolgt die Anordnung sofort ohne Rücksicht darauf, ob der Täter noch weitere Strafen vor ihrem Vollzug zu verbüßen hat. Der Möglichkeit, daß durch Änderung der Verhältnisse die Sicherungsverwahrung überflüssig wird, trägt § 42 f Rechnung. Die Ansicht des AG., daß die Anordnung der Sicherungsverwahrung zulässig ist, sofern nur die weitere Strafe noch nicht verbüßt ist, ist zutreffend.

(OLG. Jena, 2. StrSen., Urt. v. 3. Mai 1935, Ss 35/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist unbedenklich zuzustimmen. Das in Art. 5 Ziff. 2 des Ges. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 995) für die Einleitung eines nachträglichen Sicherungsverfahrens aufgestellte Erfordernis, daß der Verurteilte nach dem 1. Jan. 1934 eine Freiheitsstrafe „verbüßt", erfordert nach Sinn und Zweck der Vorschr. weder, daß die Verurteilung im Zeitpunkt der Entsch. noch andauern muß (so mit Recht RGSt. 68, 149 [152] = JW. 1934, 1662[28]) noch daß in diesem Zeitpunkt mit der Verbüßung aus dem „weiteren" Urteil schon begonnen ist. Es ergibt sich das letztere auch ohne weiteres aus Art. 14 Abs. 1 Ges. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 1000), wonach die StA. die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 Ziff. 2 des Ges. v. 24. Nov. 1933 beantragen kann, solange die Strafe nicht verbüßt, bedingt ausgesetzt, verjährt oder erlassen ist. Hier ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß bei Stellung des Antrags mit der Verbüßung noch nicht begonnen zu sein braucht; dann aber geht es nicht an, zu verlangen, daß zur Zeit der Entsch. über den Antrag die Verbüßung begonnen habe.

Übrigens hat der 2. StrSen. des RG.: RGSt. 68, 313 = JW. 1934, 3062[11] ausgesprochen, daß die von ihm in RGSt. 68, 214 = JW. 1934, 2849[10] verlangte zeitliche Reihenfolge der Verbüßung nicht eingehalten sein müsse, wenn mehr als drei Bestrafungen vorliegen.

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

*

Oldenburg

31. § 172 StPO. Zur Frage der Behandlung einer Beschw., die nicht an den vorgesetzten Beamten der StA., sondern bei der Stelle eingelegt ist, die die angefochtene Entsch. erlassen hat. †)

Der GenStA. hat durch Bescheid v. 8. Juli 1935 die Beschw. des Verletzten gegen den Einstellungsbescheid des OStA. v. 20. Mai 1935 als unbegründet zurückgewiesen. Dagegen richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entsch. v. 27. Juli 1935. Er ist im § 172 StPO. vorgesehen, innerhalb der Monatsfrist eingegangen, auch von einem RA. unterzeichnet. Darüber hinaus hat sich aber die nach § 174 StPO. erforderliche Vorprüfung auch auf die sonstigen Erfordernisse des § 172 zu erstrecken.

Nun ergibt sich aus der Akte, daß der Bescheid des OStA. vom 20. Mai 1935 von dem GerAss. C. unterzeichnet ist und weiterhin, daß die dagegen an die StA. gerichtete Beschw. v. 5. Juni 1935 am letzten Tag der Zweiwochenfrist daselbst einging, dem OStA. am nächsten Tage vorgelegt und infolgedessen auch dem GenStA. erst nach Ablauf der Frist zugeleitet wurde. Daß die Einlegung der Beschw. an die StA. nicht fristwahrend wirkt, kann nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ernstlich nicht bezweifelt werden (OLG. Marienwerder: LZ. 1919, 926; KG.: LZ 1920, 310; OLG. Dresden: JW. 1927, 2730). Die gegenteilige Meinung wird nirgends mehr vertreten. Auch der Umstand, daß der angefochtene Bescheid von einem Hilfsarbeiter des OStA. unterzeichnet wurde, rechtfertigt es nicht, die Beschw. zunächst an dessen Vorgesetzten zu richten, ganz abgesehen davon, daß dieser Gesichtspunkt in der Beschwerdeschrift überhaupt nicht vorgetragen ist.

Es fragt sich daher nur, ob die Versäumung der Beschwerdefrist noch zu beachten ist, insbes., nachdem der GenStA. sachlich zu ihr Stellung genommen hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre der GStA. berechtigt gewesen, die Beschw. als unzulässig zu verwerfen. Da er aber vermöge seiner übergeordneten Stellung (§ 147 GVG.) stets mit der gewöhnlichen Dienstaufsichtsbeschwerde angegangen werden kann, wird er wegen dieses Rechts und der Pflicht zur Aufsicht und Leitung regelmäßig eine Beschw. auch sachlich nachprüfen. Damit kann er also dem Verletzten den etwa verlorengegangenen Weg nach § 172 StPO. nicht wieder eröffnen (KG.: LZ. 1920, 310). Da der Antragsteller die Frist versäumt hat, ist er des Rechts auf Herbeiführung einer gerichtlichen Entsch. verlustig gegangen (OLG. Düsseldorf: DRZ. 1933 Nr. 50; Rostock: HöchstRRspr. 1933, 1155; Dresden: DRZ. 1934 Nr. 616; KG. 1934, zusammengestellt in JDR. 1935 Bd. 2 S. 310 zu § 172).

(OLG. Oldenburg, 2. StrSen., Beschl. v. 27. Sept. 1935, Ws 20/35.)

Anmerkung: Die vorl. Entsch. enthält eine bedauerliche Häufung formaljuristischer Erwägungen. Der Umbruch im Rechtsdenken zwingt uns, jede Frage des Rechtslebens auf ihre Übereinstimmung mit dem nationalsozialistischen Rechtsdenken zu prüfen. Die Häufung ehrwürdiger Präjudizien zu einer Rechtsfrage kann darum heute ebensosehr eine Warnung wie ein Vorbild darstellen. Dem Sinn der Verfahrensnov. v. 28. Juni 1935 entspricht es, daß nicht nur das RG., sondern auch die übrigen deutschen Gerichte sich von der moralischen Bindung an Präjudizien lösen.

Gehen wir von diesen Grundgedanken aus, so kann der Hinweis des OLG. Oldenburg auf den klaren Wortlaut des § 172 StPO. und die Übereinstimmung von Rechtsprechung und Rechtslehre noch keine hinreichende Begr. für eine formalistische Entsch. bilden. Wenn es in § 172 StPO. heißt, gegen den Einstellungsbescheid der StA. stehe dem Verletzten binnen zwei Wochen nach der Bekanntmachung die Beschw. an den vorgesetzten Beamten der StA. zu, so hat das OLG. Oldenburg hieraus zwar zutreffend gefolgert, daß die Entsch. über den von einem Hilfsarbeiter des OStA. erlassenen Einstellungsbescheid dem GenStA. als dem Vorgesetzten des OStA. zukommt. Das ergibt sich schon aus dem bürokratischen Aufbau der StA., demzufolge der Hilfsarbeiter für das Strafverfahren an die Stelle des OStA. tritt und als dessen Beauftragter handelt. Damit ist aber noch längst nicht gesagt, daß die Beschw. nun auch innerhalb von zwei Wochen bei dem GenStA. eingereicht werden muß. Insbesondere ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Beschwerdefrist nicht durch Einreichung bei der Stelle gewahrt werden kann, deren Entsch. angefochten wird. Im Strafverfahren können sämtliche Rechtsmittel bei dem judex a quo eingelegt werden. Für die Beschw. gegen gerichtliche Entsch. ist in § 306 Abs. 1 und § 311 Abs. 2 StPO. ausdrücklich bestimmt, daß die Beschw. sowohl bei der unteren wie bei der oberen Instanz eingelegt werden kann. Warum kann man diesen Gedanken, der das ganze Verfahrensrecht durchzieht und der auch im Verwaltungsrecht i. e. S. Geltung hat, nicht sinngemäß auf die Beschw. aus § 172 StPO. übertragen? Dieser Gedanke ist im Schrifttum zwar immer kategorisch abgelehnt worden (vgl. Lucas-Dürr, Anleitung zur strafrechtl. Praxis, 5. Aufl., Teil 1 S. 162; Dietz, Anklageerzwingung, strafrechtl. Abhandlungen, Heft 325 S. 47; Dresden: DRZ. 1934 Nr. 616). Aber eine einleuchtende Begr. für diese Stellungnahme suchen wir vergeblich. Es ist auch nicht einmal anzuerkennen, daß der Wortlaut des § 172 zu der Annahme zwingt, die Beschw. müsse bei dem Vorgesetzten eingereicht werden (so u. a. Breslau: GoltdArch. 40, 181). Dieser ist nur als Adressat bezeichnet. Gerade bei dem bürokratischen Aufbau der StA. ist es m. E. sachlich unerheblich, ob eine Beschw. bei der unteren oder oberen Stelle eingereicht wird. So sprach denn auch der Entwurf des EinfG. z. ADStGB. von 1929 in Art. 67 Ziff. 102 aus, daß die Beschwerdefrist auch durch Einreichung bei der unteren StA. gewahrt werden könne. Das gilt um so mehr, weil der StA., dessen Entsch. angefochten wird, am schnellsten zu der Beschw. Stellung nehmen kann, wenn diese unmittelbar bei ihm eingereicht wird. — Nur die Entsch., die in der Einreichung bei der unteren Stelle die Frist als gewahrt sieht, entspricht dem Rechtsgefühl. Nur sie entspricht einer volksnahen Rechtspflege.

Es wird auch schwierig sein, einem Laien klarzumachen, daß eine derartige Beschw. unzulässig sein soll, daß aber trotz dieser Unzulässigkeit der GenStA. auf Grund seiner allgemeinen Dienstaufsicht zur sachlichen Entsch. verpflichtet ist (so die vorl. Entsch. in Übereinstimmung mit Lucas-Dürr S. 163) und daß dann hinterher das OLG. die erste Beschw. als unzulässig zurückweisen darf. Derartige gekünstelte Konstruktionen haben m. E. in einer lebendigen Volksgemeinschaft keinen Raum mehr.

Nach alledem hätte das OLG. zu dem Antrage des Verletzten auf gerichtliche Entsch. sachlich Stellung nehmen müssen. Solange wir diese Einrichtung noch haben, darf sie nicht mit formalistischen Erwägungen illusorisch gemacht werden und damit zu volksfremden Entsch. führen. Dieser Fall zeigt aber erneut, daß das Anklage-

erzwingungsverfahren mit seiner Verflechtung zwischen StA. und Richter in die heutige Zeit nicht mehr hineinpaßt. Zum Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der StA. besteht im nationalsozialistischen Staate keine Veranlassung mehr. Der StA. muß künftig von dieser Fessel, die sein pflichtmäßiges Ermessen über die Erhebung der öffentlichen Anklage beengt, befreit werden (vgl. Freisler, Deutsches Strafrecht, 1935, S. 245; Schäfer, ebendort, S. 251; Siegert: ZStW. 54, 21; Dahm: ebendort S. 409).

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

Landgerichte: Zivilsachen

Altona

32. §§ 807, 899 ff. ZPO. i. Verb. m. § 18 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933. Mit dem Aussetzungsbeschluß gemäß § 18 a. a. O. läßt sich nicht der Widerspruch gegen die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides begründen.

Gläubiger hat vom Schuldner laut Vollstreckungstitel restliche 493 *RM* zu beanspruchen. Auf Grund der stattgehabten Zwangsvollstreckung sind Sachen im Werte von 425 *RM* beim Schuldner gepfändet worden, im übrigen ist die Vollstreckung fruchtlos ausgefallen. Infolgedessen hat Gläubiger Ableistung des Offenbarungseides beantragt. Zwischen Antragstellung und Terminstag ist dem Schuldner hinsichtlich der Pfandsachen die einstweilige Aussetzung der Vollstreckung gegen Ratenzahlung bewilligt. Mit Rücksicht darauf hat Schuldner im Termin Widerspruch gegen die Eidespflicht erhoben. Das AG. hat den Widerspruch für begründet erklärt. Der vom Gläubiger gegen diesen Beschluß eingelegten sofortigen Beschw. ist stattgegeben worden. Da nämlich der Gläubiger durch die Vollstreckung nicht voll befriedigt ist, und da weitere pfändbare Sachen des Schuldners nicht vorhanden sind, liegen nach § 807 ZPO. die Voraussetzungen für die Verpflichtung des Schuldners zur Eidesleistung vor. An dieser Verpflichtung wird dadurch nichts geändert, daß gem. § 18 a. a. O. die Verwertung der Pfandsachen gegen Ratenzahlung einstweilen ausgesetzt ist. Solche Aussetzungsbeschlüsse sind nicht Beschlüssen gleichzusetzen, durch welche Zwangsvollstreckungen aus vollstreckbaren Titeln schlechthin eingestellt werden. Beschlüsse der letzteren Art hindern die Vollstreckung aus dem Titel allgemein (§ 775 Ziff. 1 ZPO.), haben daher auch zur Folge, daß ein eingeleitetes Offenbarungseidsverfahren einstweilen nicht weiter durchgeführt werden kann. Dagegen beschränkt sich die Wirksamkeit der Beschlüsse aus § 18 a. a. O. nur auf die Verwertung der darin genannten Gegenstände, die fraglichen Beschlüsse lassen aber die Vornahme anderer Vollstreckungsmaßnahmen, auch die Einleitung und Durchführung des Offenbarungseidsverfahrens, zu, sie sind also viel enger als die vorerwähnten Einstellungsbeschlüsse. Mithin mußte der sofortigen Beschw. entsprochen werden.

(LG. Altona, 7. ZK., Beschl. v. 23. Juli 1935, 7 T 734/35.)

*

33. § 31 ZwVerstG.; Art. 2 Ziff. 1 LandwVollstrSchVO. vom 27 Dez. 1933. Für die Dauer des Entschuldungsverfahrens wird die Sechsmonatsfrist des § 31 a. a. O. unterbrochen.

Das über den Besitz des Schuldners eingeleitete ZwVerstVerf. ist einstweilen eingestellt. Danach ist das Entschuldungsverfahren eröffnet. Sodann hat das AG. das ZwVerstVerf. aufgehoben, weil der Gläubiger nicht binnen sechs Monaten nach Einstellung einen Fortsetzungsantrag nach § 31 ZwVerstG. gestellt hat. Diese Aufhebung ist, wie der Gläubiger zutreffend rügt, zu Unrecht erfolgt. Der Standpunkt, wonach Gläubiger auch dann, wenn nach der einstweiligen Einstellung das Entschuldungsverfahren eröffnet wird, zur Erhaltung seiner Rechte die Fortsetzung des ZwVerstVerf. gem. § 31 ZwVerstG. beantragen muß, ist nicht zu billigen (Harmening: JW. 1933, 2929; LG. Stettin: JW. 1933, 2532). Denn durch die Einstellung kraft Gesetzes auf Grund Art. 2 Ziff. 1 a. a. O. verliert die frühere durch das Gericht ausgesprochene Einstellung jede Bedeutung. Das erhellt schon daraus, daß der Gläubiger während der Zeit, in der das ZwVerstVerf. kraft Gesetzes einstweilen eingestellt ist, einen wirksamen Fortsetzungsantrag nach § 31 ZwVerstG. gar nicht stellen kann. Wenn das aber der Fall ist, so ist nicht einzusehen, wieso das Nichtstellen eines solchen unwirksamen Antrags irgendeinen Einfluß auf das ZwVerstVerf. haben soll. Die Ansicht, daß im vorl. Falle die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens nicht die Wirkung der einstweiligen Einstellung gehabt habe, da die ZwVerst. bereits vorher eingestellt gewesen sei, erscheint nicht zutreffend. Vielmehr wird bei Eintritt einer einstweiligen Einstellung kraft Gesetzes die bereits vorher durch Richterspruch angeordnete Einstellung gegenstandslos. Die Einstellung kraft Gesetzes tritt an die Stelle der vorangegangenen Einstellung, so daß die Frist des § 31 ZwVerstG. unterbrochen wird.

(LG. Altona, 7. ZK., Beschl. v. 16. Aug. 1935, 7 T 786/35.)

Berlin

34. § 20 WbzG. Zur Frage der Verwechselungsgefahr. Der Einwand der Verwirkung gegenüber dem Löschungsbegehren greift nur durch, wenn das verletzende Warenzeichen Verkehrsanerkennung erlangt hat. †)

Für die Kl. sind folgende drei Warenzeichen eingetragen: Unter Nr. 9731 ein Warenzeichen für den Geschäftsbetrieb einer Gummiwarenfabrik und für verschiedene Gummiwaren, das in einer Ellipse das Bild einer Schildkröte und darüber sowie — auf dem Kopf stehend — darunter ebenfalls in Ellipsenform das Wort „Durit" zeigt; unter Nr. 24 246 ein Warenzeichen für die Waren „Platten, Schläuche, Klappen, Buffer", das allein aus dem Wort Durit besteht; unter Nr. 38 975 ein Warenzeichen für Gummi, Kautschuck, Guttapercha, Balata und andere namentlich aufgeführte Waren, das sich von dem zuerst erwähnten Warenzeichen nur dadurch unterscheidet, daß es statt einer Schildkröte einen Salamander als Bild zeigt.

Unter dem 4. Febr. 1918 wurde für den Bekl. unter Nr. 222 229 für den Geschäftsbetrieb einer Engroshandlung technischer Bedarfsartikel und für die Waren „Dichtungs- und Packungsmaterialien, Wärmeschutz- und Isoliermittel, Asbestfabrikate, Gummiersatzstoffe und Waren daraus für technische Zwecke, technische Öle und Fette, Schmiermittel, Treibriemen, Schläuche, Schleifmittel" ein Warenzeichen eingetragen, daß das Bild einer an einem Bogen aufgehängten Lampe zeigt, die ihre Strahlen auf ein Wortband „Dorit-Renit", zwei Paar gekreuzte Hammer und eine zwischen den Hammerpaaren abgebildete Rübe wirft.

Sämtliche Warenzeicheneintragungen sind rechtzeitig verlängert worden.

Erst im Juli 1934 wurde die Kl. auf das für den Bekl. eingetragene Warenzeichen aufmerksam. Sie erblickt in der Benutzung dieses Warenzeichens einen Eingriff in ihre älteren Rechte und verlangt deshalb mit der Klage die Verurteilung des Bekl. zur Einwilligung in die Löschung seines Warenzeichens.

Das LG. hat der Kl. mit folgender Begr. stattgegeben:

Die Voraussetzungen des auf §§ 9 Abs. 1 Ziff. 1, 20 WbzG. gestützten Löschungsbegehrens sind gegeben.

Durch die Eintragung und rechtzeitige Verlängerung ihrer Warenzeichen 9731, 24 246 und 38 975 hat die Kl. gem. § 12 WbzG. das ausschließliche Recht erlangt, Waren der angemeldeten Art, d. h. also aus Gummi gefertigte Platten, Schläuche, Buffer, Klappen, Ringe, Röhren, Treibriemen, Bänder, Schnüre u. dgl. wie überhaupt Gummi, Kautschuck, Guttapercha, Balata für sich oder in Kompositionen in rohem oder verarbeitetem Zustande, ferner die Verpackung oder Umhüllung dieser Werkstoffe und Waren mit den genannten Zeichen zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen, sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen o. dgl. die Zeichen anzubringen. Gem. § 9 Abs. 1 Ziff. 1 WbzG. hat sie das Recht, von dem späteren Anmelder desselben Zeichens dessen Löschung in der Warenzeichenrolle des RPatA. hinsichtlich derselben Waren und gleichartiger Waren zu verlangen. Diese Rechte der Zeicheninhaberin können auch nicht dadurch beeinträchtigt werden, das Dritte die Zeichen nur mit Abweichungen gebrauchen, sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr besteht (§ 20 WbzG.). Demgemäß kann die Löschung eines jüngeren Zeichens nicht nur bei Zeichenidentität, sondern auch bei Zeichenverwechselbarkeit verlangt werden. Die Löschung kann natürlich nur verlangt werden, wenn das Zeichen so, wie es eingetragen ist und verkehrsüblich verwendet wird, eine Verwechslungsgefahr begründet. Diese Verwechslungsgefahr war zwischen dem angegriffenen Zeichen des Bekl. und den Zeichen der Kl. aber zu bejahen. Bei allen drei Zeichen der Kl. steht als kennzeichnungskräftiges Merkmal das Wort „Durit" im Vordergrund. Das Zeichen 24 246 besteht überhaupt allein aus dem Wort „Durit". Das angegriffene Zeichen des Bekl. besteht andererseits aus der Kombination des Doppelwortes „Dorit-Renit" mit einem Bilde, das eine an einem Bogen aufgehängte elektrische Lampe darstellt, die auf jenes ein Wortband bildende Doppelwort und auf darunter befindliche Gegenstände — zwei Paar gekreuzte Hammer und eine Rübe — herabstrahlt. Die Verwechslungsgefahr richtet sich, wie auch die Kl. nicht verkennt, selbstverständlich nach dem Gesamteindruck, den die zu vergleichenden Zeichen im Verkehr erwecken (vgl. u. a. JW. 1931, 1895). Dabei ist aber, wie die Kl. mit Recht hervorhebt, insbes. bei aus Wort und Bild zusammengesetzten Zeichen für die Entsch. der Frage der Verwechslungsgefahr stets vom Standpunkt des Verkehrs aus zu prüfen, worauf sich das Augenmerk des Verkehrs richtet. Es kann ein einzelner Bestandteil so vorherrschen, daß durch ihn der Gesamteindruck vollkommen beherrscht wird, und es erscheint sogar als Regelfall, daß bei derartigen kombinierten Zeichen der Wortbestandteil den Bildbestandteil so überragt, daß sich der Verkehr zur Bezeichnung der Ware mehr des Wortes als des Bildes bedient. Diese

Voraussetzungen liegen auch bei dem angegriffenen Zeichen hinsichtlich des Wortbestandteils „Dorit" vor. Die bildliche Darstellung ist so mit Einzelheiten überladen und läßt ein diese Einzelheiten verbindendes Grundmotiv, einen einheitlichen gedanklichen Inhalt so wenig erkennen oder auch nur erraten, daß ihr eine Kennzeichnungskraft kaum beigemessen werden kann. Im Erinnerungsvermögen der Verkehrskreise, die mit dem Zeichen in Berührung kommen, wird deshalb kaum die bildliche Darstellung, sondern wohl ausschließlich das Doppelwort „Dorit-Renit" oder sogar nur der erste Teil dieses Doppelwortes, also „Dorit" haften bleiben. Daß das Wort „Dorit" mit dem Wort „Durit" zu verwechseln ist, bedarf keiner Erörterung. Bei allen diesen Feststellungen ist ja zu berücksichtigen, daß man es bei der Prüfung der Verwechslungsfähigkeit nicht darauf abstellen darf, ob eine solche besteht, wenn beide Zeichen nebeneinander gehalten und dann miteinander verglichen werden. Eine Betrachtung unter diesem Gesichtspunkte würde den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht, weil der Käufer oder Besteller der einen gekennzeichneten Ware regelmäßig die andere gekennzeichnete Ware nicht gleichzeitig vor sich liegen und zur Anstellung von Vergleichen keine Möglichkeit hat. Der Käufer oder Besteller der einen Ware verfügt in der Regel nur über ein Erinnerungsbild, das bei ihm vor mehr oder weniger langer Zeit entstanden und in mehr oder weniger verschwommener Form in seinem Gedächtnis haften geblieben ist. Deshalb erscheint das angegriffene Zeichen durch seinen Wortbestandteil „Dorit" geeignet, mit dem Zeichen der Kl. verwechselt zu werden, d. h. es erscheint geeignet, im Verkehr den Irrtum hervorzurufen, daß die mit dem angegriffenen Zeichen versehenen Waren aus derselben Herkunftsstätte wie die Waren der Kl. stammen.

Daß hinsichtlich der Waren, für die die Warenzeichen der Kl. eingetragen sind, und der Waren, für die das Warenzeichen des Bekl. eingetragen ist, Warengleichheit besteht, ist jedenfalls soweit, als das Löschungsbegehren der Kl. geht, ebenfalls nicht zu bezweifeln. Das Löschungsbegehren greift die Waren „Dichtungs- und Packungsmaterialien, Wärmeschutz- und Isoliermittel, Gummiersatzstoffe und Waren daraus für technische Zwecke, Treibriemen und Schläuche" an. Unbeanstandet gelassen werden die Waren: „Asbestfabrikate, technische Öle und Fette, Schmiermittel und Schleifmittel". Sämtliche Warenzeichen der Kl. sind für Gummischläuche, Gummiplatten, Gummiklappen eingetragen, das Warenzeichen 38 975 ausdrücklich auch für Gummiersatzstoffe, Treibriemen und Dichtungsmaterialien.

Der Bekl. verteidigt sich nun in der Hauptsache mit dem Einwande, daß angesichts des fast 20jährigen Nebeneinanderbestehens seines Zeichens und der Zeichen der Kl. eine Verwechslungsgefahr nicht mehr für vorliegend erachtet werden könne, das Löschungsbegehren auch verwirkt sei. Mit dieser Verteidigung konnte der Bekl. jedoch keinen Erfolg haben. Allerdings mag es richtig sein, daß durch ein langes Nebeneinanderbestehen an sich verwechslungsfähiger Zeichen eine Abschwächung der Verwechslungsgefahr entstehen kann, weil die Abnehmerkreise sich allmählich daran gewöhnen, die Zeichen zu unterscheiden (vgl. u. a. RGZ. 100, 264; JW. 1927, 101). Aber es ist dazu doch jedenfalls erforderlich, daß das jüngere Zeichen in einem Umfange in den Verkehr gebracht wurde, der der Benutzung des älteren Zeichens entsprach, daß die Zeichen also tatsächlich nebeneinander bestanden und tatsächlich miteinander verglichen werden konnten. Davon kann hier jedoch keine Rede sein. Denn während die Kl. unstreitig ein größeres Unternehmen ist, das von ihrem Sitz in Nordwestdeutschland aus einen ausgedehnten Warenvertrieb nach ganz Deutschland unterhält, hat der Bekl. nur einen sich in den bescheidensten Grenzen haltenden Warenvertrieb nach Berlin, Brandenburg, Pommern und Schlesien. Sein Gesamtumsatz hat sich in den letzten acht Jahren, 1927 bis 1934, auf nur 335 000 *RM*, d. h. auf durchschnittlich jährlich etwa 42 000 *RM* belaufen. Ein nicht bezifferter, aber nach den eigenen Angaben der Bekl. in der mündlichen Verhandlung wesentlicher Teil davon betraf Gummimäntel, Lodenmäntel und ähnliches, also Waren, für die das angegriffene Zeichen der Bekl. überhaupt nicht eingetragen ist. Hinzu kommt, daß der Bekl. nach seinen eigenen Erklärungen nur industrielle Großbetriebe beliefert, und daß er sein Warenzeichen nicht auf den Waren selbst anbringt, vielmehr lediglich die Adressen, Aufklebezettel, Paketadressen, Lieferscheine, Geschäftsbriefe und Rechnungen mit dem Warenzeichen versieht. Der Umstand, daß die Kl. erst i. J. 1934, also fast 18 Jahre nach der Anmeldung des angegriffenen Zeichens von diesem Kenntnis erhielt, spricht ebenfalls durchaus für und nicht gegen den Fortbestand der Verwechslungsgefahr, eben weil sich daraus ebenfalls die Tatsache der geringen Verbreitung des angegriffenen Zeichens ergibt.

Auch mit dem Einwand der Verwirkung konnte der Bekl. dem Löschungsbegehren nicht mit Erfolg entgegentreten. Denn der Einwand kann nach der jetzt ständigen Rspr. des RG. nur geltend gemacht werden, wenn der verletzenden Warenkennzeichnung Verkehrsanerkennung oder, was dasselbe ist, ein „wertvoller Besitzstand" verschafft worden ist (vgl. u. a. RG.: JW. 1931, 412; 1931, 1901). Das ist aber wiederum nicht der Fall, wie sich bereits aus den Feststellungen zur Frage der Herabminderung der Verwechslungsgefahr durch langes Nebeneinanderbestehen des angegriffenen Zeichens und der Zeichen der Kl. ergibt. Hinzu kommt, daß die von dem Bekl. überreichten Vordrucke für Paketkarten, Lieferscheine, Rechnungen u. dgl. sämtlich nur aus neuester Zeit stammen, d. h. aus der Zeit seit 1929. Diese Vordrucke können also nur für jene begrenzte Zeit dartun, daß der Bekl. sich seines Warenzeichens bedient hat.

(LG. Berlin, Urt. v. 26. April 1935, 218 O 32/35.)

Anmerkung: Bei der Entsch. handelt es sich um die Frage, ob das Wortzeichen „Durit" und das Wortzeichen „Dorit-Renit" mit dem Bilde einer aufgehängten Lampe miteinander verwechslungsfähig sind.

Im Verkehr wird bei einem Kombinationszeichen zur Bezeichnung der Ware mehr das Wort als das Bild benutzt. Infolgedessen tritt bei aus Wort und Bild zusammengesetzten Zeichen immer das Wort mehr in den Vordergrund; es ist ihm daher bei der Beurteilung der Frage nach der Verwechslungsgefahr mehr Bedeutung beizumessen als dem Bild. Aus diesem Grunde dürfte, wie in den Entscheidungsgründen richtig gesagt ist, „Durit" mit dem mit einem Bild kombinierten Wortzeichen „Dorit-Renit" verwechslungsfähig sein, denn zweifelsohne wird dieses kombinierte Zeichen von dem Wort „Dorit" mitbeherrscht.

Richtig sind auch die Ausführungen des LG., daß man die Verwechslungsgefahr nicht nach dem Eindrucke der nebeneinander liegenden Zeichen beurteilen darf, und daß in erster Linie hierfür die Auffassung des Publikums maßgebend ist. Auch darin ist dem Urteil beizutreten, daß ähnliche Zeichen dann nicht verwechselbar sein können, wenn sich ergibt, daß der Verkehr sich genau auskennt oder durch längeres Nebeneinanderbestehen der Zeichen sich gewöhnt hat, auf die Unterschiede zu achten. Ist dies nicht der Fall, so ist die Verwechslungsgefahr begründet (vgl. auch Hagens, Komm. z. WbzG., 1927, S. 277/278, Anm. 5 zu § 20).

Was nun den Verwirkungseinwand des Bekl. betrifft, so ist ebenfalls der Auffassung des LG. zuzustimmen, wonach der Bekl., obwohl sein Zeichen schon 17 Jahre eingetragen war, infolge der geringen Zeitdauer der Benutzung einen „wertvollen Besitzstand" nicht erworben hat bzw. eine Durchsetzung des Zeichens nicht geltend machen konnte.

PatAnw. Dr. Ullrich, Berlin.

*

35. §§ 573, 1124 BGB.; §§ 20, 21, 57, 148 ZwVerstG. Wirksamkeit vertragsmäßiger Mietvorausverfügungen.

I.

Die Kl. haben das Hausgrundstück in der Zwangsversteigerung durch Zuschlag v. 9. Nov. 1934 erworben. Das Grundstück stand vorher unter Zwangsverwaltung. Der Zwangsverwalter hatte durch schriftlichen Vertrag v. 3. Sept. 1934 an den Bekl. eine bis dahin leerstehende Sechszimmerwohnung für die Zeit ab 1. Okt. 1934 vermietet. Der Mietzins ist in dem Vertrage auf 175 *RM* monatlich festgesetzt worden und war monatlich im voraus zu zahlen. In § 6 des Vertrages übernahm der Zwangsverwalter die vollständige Instandsetzung der Wohnung. Der Zwangsverwalter war aus eigenen Mitteln zur Erfüllung der von ihm übernommenen Instandsetzungspflicht nicht in der Lage. Er hatte nur etwa 200 *RM* in der Masse, während die Instandsetzung weit über 1000 *RM* erforderte. Die Parteien vereinbarten daher, daß der Bekl. die notwendigen Geldmittel vorschießen und abwohnen solle. Durch Schreiben v. 5. Sept. 1934 bestätigte der Zwangsverwalter dem Bekl. die getroffene Vereinbarung. In dem Schreiben heißt es:

„Ich verpflichte mich, die von Ihnen gemietete Wohnung im Grundstück Bambergerstraße gemäß den vorl. Kostenanschlägen instandsetzen und renovieren zu lassen.

Die Arbeiten werden von mir aus in Auftrag gegeben. Sie haben sich entgegenkommenderweise bereit erklärt, den hierfür aufzuwendenden Kostenbetrag von etwa 1600 *RM* zunächst zu bezahlen.

Ich vergüte Ihnen den ausgelegten Betrag derart, daß Sie bis zur Abdeckung desselben mietfrei wohnen."

In Ausführung dieser Vereinbarung hat der Beklagte 2004,18 *RM* für die Instandsetzung der Wohnung ausgegeben und die Miete bisher durch Verrechnung mit dieser Aufwendung getilgt, also keine weitere Barzahlung an den Zwangsverwalter oder später nach dem Zuschlag an die Kl. geleistet.

Die Kl. sind der Auffassung, daß die getroffene Abrede ihnen gegenüber unwirksam sei, und verlangen Zahlung der Miete für Januar und Februar 1935.

Beide Instanzen haben die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen: Die Kl. sind nach § 57 ZwVerstG., § 571 BGB. mit dem Erwerb des Eigentums am Grundstück in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen eingetreten. Es stehen ihnen bei diesem gesetzlichen Übergang des Schuldverhältnisses die Rechte aus dem Mietvertrage grundsätzlich nur in der Gestalt zu, wie sie in der Person des Zwangsverwalters bestanden. Sie müssen sich also die mit dem Zwangsverwalter getroffene Vereinbarung über die Verauslagung und Verrechnung der Instandsetzungskosten entgegenhalten lassen, es sei denn, daß diese Abrede ihnen gegenüber nach den §§ 57, 57 b ZwVerstG., § 573 Satz 1 BGB. unwirksam ist. Die Vereinbarung bezieht sich inhaltlich auch auf die eingeklagten Mieten für Januar und Februar 1935, da bis einschließlich Februar insgesamt 875 RM an Miete fällig wurden und die vom Bekl. aufgewandte Summe — auch die im Bestätigungsschreiben v. 5. Sept. 1934 genannte Summe — diesen Betrag erheblich übersteigt. Da andererseits die Januar- und Februarmiete sich auf einen Zeitraum bezieht, für den „Vorausverfügungen" im Sinne der genannten gesetzlichen Vorschr. unwirksam sind, hängt die Entsch. des Rechtsstreits ausschließlich davon ab, ob eine Vorausverfügung i. S. dieser Vorschr. vorliegt oder nicht.

Die sich hieraus ergebende Auslegungsfrage ist nicht mit der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 573 Satz 1, auf den es entscheidend ankommt, zu meistern. Auch begrifflichen Erwägungen kann keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Die Auslegungsfrage ist allein nach Sinn, Zweck und Auswirkung des Gesetzes zu beantworten. Das Ergebnis einer Abwägung der in Betracht kommenden wirtschaftlichen und sozialen Belange muß maßgebend sein.

Die Miete ist zivile Frucht des Grundstücks. Sie ist nicht Entgelt für eine einmalige endgültige Leistung, sondern für eine andauernde Gebrauchsgewährung und daher naturgemäß als Entgelt und Frucht auf eine bestimmte Zeit bezogen. Hieraus und aus dem Eigentumswechsel und dem Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis nach § 571 BGB. ergibt sich der Interessenwiderstreit, den § 573 Satz 1 zu entscheiden hat. Wenn der Vermieter die Miete für einen Zeitraum eingezogen hat, der in der Zeit nach dem Eigentumswechsel liegt, dann hat der Erwerber seit dem Eigentumserwerb als Eigentümer die Lasten des Hauses zu tragen und nach § 571 den Gebrauch des Mietraumes zu gewähren, ohne daß er das auf diese Zeit bezogene Entgelt erlangt. Diese Folge billigt das Gesetz nicht. Es will dem Erwerber die auf die Zeit seines Eigentums entfallenden Mieten sichern. Zu diesem Zweck mußte es die von ihm gemißbilligte Vorausernte der zivilen Frucht der Miete für nicht geschehen erklären und damit dem Erwerber die Möglichkeit geben, die auf seine Zeit entfallenden Früchte zu ernten. Das konnte notwendigerweise nur auf Kosten des Mieters geschehen, der nochmals zahlen mußte und dem die Gefahr der Durchsetzung seines Bereicherungsanspruchs gegen seinen ehemaligen Vermieter aufgebürdet wurde. Diesen Interessenwiderstreit hat das Gesetz klar zuungunsten des Mieters entschieden und die Lage des Mieters lediglich durch Einschaltung einer Schonfrist gemildert.

Diese Sicherung der Fruchtziehung des Erwerbers nach Ablauf der Schonfrist kann jedoch nicht ausnahmslos Geltung beanspruchen. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Ausnahme schon deshalb zu machen ist, weil die Vorausverfügung vertragsgemäß, „in Gemäßheit des Mietvertrages" erfolgte. Die Richtigkeit dieser vom RG.: RGZ. 94, 279 = JW. 1919, 674 aufgestellten und seither aufrechterhaltenen (zuletzt RGZ. 144, 195 ff. = JW. 1934, 1561 [1]) Lehre läßt das erkennende Gericht dahingestellt. Die getroffene Verrechnungsabrede ist im gegebenen Fall aus anderen Gründen dem Erwerber gegenüber wirksam. Die Vermietung und Instandsetzung der Wohnung ist im vorl. Rechtsstreit überhaupt erst mit der Bevorschussung durch den Mieter ermöglicht worden, weil der Vermieter die erforderlichen Mittel nicht besaß und von dritter Seite nicht erhielt und die Wohnung ohne Instandsetzung nicht vermietet werden konnte. Unstreitig ist der vorgeschossene und zu verrechnende Betrag restlos zur Instandsetzung des Wohnraums verwandt worden. Für einen solchen Fall ist die Anwendung des oben geschilderten Grundsatzes nach dem dem Gesetz zugrunde liegenden Gedanken nicht geboten und darüber hinaus sogar untragbar. Zunächst ist die Interessenlage eine völlig andere als die, von der das Gesetz als Regelfall ausgeht. Die Vorausverfügung kommt den Kl. selbst zugute, denn die vorausgezahlte Miete diente zur Verbesserung des Grundstückes selbst. Ohne die Vorauszahlung wäre weder die Instandsetzung noch überhaupt die Vermietung erfolgt. Die Erwerber hätten ohne die Vorausverfügung die Räume also leer und unvermietbar übernommen und hätten die entsprechenden Kosten selbst übernehmen oder in derselben Art vermieten müssen wie ihr Vorgänger. Das bedeutet, daß sie die bare Miete zunächst ebenfalls nicht erhalten hätten. In solchem Fall ist ein berechtigtes Interesse der Kl. an der Unwirksamkeit der Vorausverfügung nicht anzuerkennen. Ihre Stellung ist durch die Vorausverfügung nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt. Die vom Gesetz gemißbilligte Vorausernte der Mietfrucht liegt in Wahrheit nicht vor. Es kann dem Mieter, der die Räume durch seine Vorauszahlung überhaupt erst vermietbar gemacht hat, und zwar naturgemäß auch zugunsten des Erwerbers, nicht zugemutet werden, an den Erwerber nochmals Miete zu zahlen. Dieses Ergebnis würde unbillig sein. Abgesehen von dieser vom Regelfall verschiedenen Interessenabwägung kommt aber entscheidend das wirtschaftliche und soziale Bedürfnis der Allgemeinheit nach Schaffung und Erhaltung von Mieträumen und nach Arbeitsbeschaffung hinzu. Gerade der vorl. Fall zeigt mit aller Klarheit das dringende Bedürfnis nach der Wirksamkeit solcher Abreden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß bei einer Rspr. der Gerichte, welche derartige Abreden in jedem Fall für unwirksam erklärt, Mietverträge, wie etwa der in vorl. Fall abgeschlossene, kaum noch zustande kommen. Die Gefahr der Zwangsversteigerung oder eines sonstigen Eigentumswechsels ist den Vertragsparteien häufig bekannt. Wenn die Parteien dann nach der Rspr. der Gerichte mit der Unwirksamkeit ihrer Abrede gegenüber dem Erwerber rechnen müssen, können sie den Vertrag nicht eingehen. Der Mietraum würde unvermietet bleiben. Das Ergebnis würde keinem der Beteiligten nützen und wäre — vom Allgemeininteresse an der Schaffung und Erhaltung von Mieträumen aus gesehen— unerwünscht.

Die Einwände, die gegen die allgemeine Lehre von der Wirksamkeit vertragsmäßiger Vorausverfügungen erhoben worden sind, greifen für den hier zu entscheidenden Sonderfall nicht durch. Der Haupteinwand der Gefährdung des Realkredits und des Grundstücksmarktes ist — wie ohne weiteres ersichtlich — dann nicht stichhaltig, wenn die Vorauszahlung ausschließlich dem Grundstück zugute kommt und ohne sie die Verbesserung des Grundstücks nicht erfolgt wäre. Der Einwand, daß der Mieter bei Wirksamkeit vertragsmäßiger Vorausverfügungen als jüngster, an sich ungesicherter Gläubiger des Vermieters, dinglich gesichert und vor den Hypothekengläubigern — auch denen mit älterem Rang — befriedigt würde, obwohl sein dem Vermieter gewährter Kredit nicht aus dem Grundbuche ersichtlich sei, schlägt gegenüber dem hier zur Erörterung stehenden Fall ebenfalls nicht durch. Dieser Gesichtspunkt berührt allerdings den Kern des Problems. Die Vorauszahlung der Miete, in welcher Form sie auch immer erfolgt, ist wirtschaftlich ein dem Vermieter vom Mieter gewährter Kredit. Im Falle der Bevorschussung der vom Vermieter geschuldeten Instandsetzung durch den Mieter wird das besonders deutlich. Der erforderliche Geldbetrag hätte theoretisch statt vom Mieter ebensogut von dritter Seite hingegeben werden können. Soweit die Gerichte eine solche Vorauszahlung des Mieters dem Erwerber und den Hypothekengläubigern gegenüber für wirksam erklären und es also zulassen, daß der Mieter seinen, dem Vermieter gegebenen Kredit in jedem Fall abwohnt, hat das zur Folge, daß der Mieter als jüngster uneingetragener und an und für sich ungesicherter Gläubiger des Eigentümers im Gegensatz zu anderen Gläubigern dinglich an erster Stelle gesichert wird mit Vorrang vor allen eingetragenen, auch älteren Rechten. Die grundsätzliche Berechtigung dieses Einwandes kann wiederum dahingestellt bleiben. Es kann auf sich beruhen, ob der Mieter, der ohne besondere Veranlassung im Vertrage dem Vermieter Vorauszahlungen bewilligt, sich den darin dem Vermieter gewährten Kredit dinglich sichern soll, wenn er nicht die Gefahr doppelter Zahlung laufen will. Für vorl. Sonderfall kann diese Erwägung nicht entscheidend sein. Der Mieter, der mit der Vorauszahlung ausschließlich der Verbesserung des Hauses dient und durch sie überhaupt erst die Vermietung und damit die Fruchtziehung ermöglicht, weil andere Mittel nicht zur Verfügung stehen, verdient den geschilderten dinglichen Schutz. Für diesen Sonderfall billigt das erkennende Gericht diese Begünstigung des Mieters vor anderen Kreditgebern. Die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich aus der besonderen Beziehung, in der der Mieter zum Grundstück steht. Ein Kredit von dritter Stelle scheidet ja in Fällen wie dem vorl. praktisch vollkommen aus, weil keine anderen Sicherungsmöglichkeiten mehr vorhanden sind. Wenn man daher auch dem Mieter diese einzige Möglichkeit nimmt, durch einen abzuwohnenden Kredit den Mietraum instand zu setzen und die Vermietung dadurch zu ermöglichen, dann unterbleibt die Fruchtziehung überhaupt. Im Interesse unseres Wohnungswesens muß daher diese Kreditform mit Wirkung gegen die älteren Gläubiger und die Erwerber gebilligt werden. Eine Beeinträchtigung der Belange dieser Beteiligten ist nicht gegeben. Ob dieses Ergebnis rechtlich im Wege einer sinngemäßen einschränkenden Auslegung des § 573 Satz 1 zu gewinnen oder ob dem Mieter in den geschilderten Grenzen gegenüber der Berufung auf § 573 Satz 1 eine Einrede der Arglist zu geben ist (Brandis: JW. 1933,

883), ist von untergeordneter Bedeutung. Das erkennende Gericht zieht die erste Auffassung als methodisch richtiger vor.

Die Bevorschussung der Instandsetzung durch den Mieter ist in vorl. Fall in der Weise geschehen, daß der Mieter die Instandsetzung auf seine Kosten ausgeführt und sich das Recht ausbedungen hat, den aufgewandten Betrag abzuwohnen. Die Rückzahlung des Betrages durch den Vermieter sollte also durch jeweilige Verrechnung mit der Miete erfolgen. Für diesen Fall nimmt das RG. (RGZ. 144, 195 ff.) an, daß die Vorausverfügung über die nach der Beschlagnahme und Ablauf der Schonfrist fälligen Mieten unwirksam sei. Nur wenn die Fälligkeit der auf die Zeit nach der Beschlagnahme und Ablauf der Schonfrist entfallenden Mieten im Vertrage vorverlegt und dementsprechend die Zahlung im voraus bewirkt worden sei, sei die Vorausverfügung wirksam. Dieser Unterscheidung vermag das erkennende Gericht nicht zu folgen. Auf den Gesichtspunkt der Fälligkeit kann es nicht ankommen. Es ist nur eine Frage der rechtlichen Fassung der Vorauszahlung des Mieters, ob gesagt wird, die Miete der ersten zwölf Monate in Höhe von insgesamt 1200 *RM* sei bei Abschluß des Vertrages vorauszuzahlen, oder ob gesagt wird, der Mieter könne die für Instandsetzungszwecke vorausgezahlten 1200 *RM* in den ersten zwölf Monaten abwohnen. Beide Fälle müssen wegen Gleichheit der Interessenlagen gleich behandelt werden. Es liegt wirtschaftlich die gleiche Lage vor, wie auch immer die Bevorschussung durch den Mieter gefaßt wird, ob insbes. die Fälligkeit der einzelnen Raten formal vorverlegt wird oder nicht.

Aus diesen Gründen finden die §§ 57, 57 b ZwVerstG., § 573 Satz 1 BGB. im gegebenen Fall keine Anwendung.

Die Kl. müssen die getroffene Abrede gegen sich gelten lassen.

(LG. Berlin, Urt. v. 16. Sept. 1935, 248 S 3764/35.)

II.

Die Bekl. hat in dem Hause G.straße von dem Nießbraucher des Grundstücks durch schriftlichen Vertrag v. 31. Okt. 1934 gewerbliche Räume für die Zeit ab 1. Nov. 1934 gemietet. Die Miete ist in dem Vertrage auf jährlich 1800 *RM*, monatlich im voraus zahlbar, festgesetzt. Es heißt in dem Vertrage weiter:

„Für das erste Jahr werden (Nov. 1934, Sept. 1935) sofort 1000 *RM* gezahlt und außerdem 400 *RM* Zuschuß des Vermieters zur Instandsetzung verrechnet. Der Rest von 250 *RM* wird am 1. Sept. 1935 bezahlt."

Die Zahlung der 1000 *RM* und Gutschrift der 400 *RM* erfolgte entsprechend. Am 15. Jan. 1935 gelangte das Grundstück zur Zwangsverwaltung. Der Kl. — der Zwangsverwalter — ist der Auffassung, daß die Vorauszahlung ihm gegenüber für die Monate ab März 1935 nach § 1124 BGB. unwirksam sei und verlangt demgemäß für diese Zeit nochmalige Zahlung der Miete.

Die Bekl. hat Klagabweisung beantragt.

Sie hat die Rechtsauffassung vertreten, daß die vertragsgemäß erfolgte Vorauszahlung der 1000 *RM* dem Kl. gegenüber wirksam sei.

Die Klage ist in vollem Umfange begründet.

Nach den §§ 148, 20, 21 ZwVerstG., § 1124 BGB. ist die in der sofortigen Einziehung der 1000 *RM* liegende Vorausverfügung des Nießbrauchers über die Mietzinsforderung für die auf die Zeit ab März 1935 entfallenden Mietzinsforderungen dem Zwangsverwalter gegenüber unwirksam.

Die Miete ist zivile Frucht des Grundstücks. Sie ist nicht Entgelt für eine einmalige endgültige Leistung, sondern für eine andauernde Gebrauchsgewährung und daher naturgemäß als Entgelt und Frucht auf eine bestimmte Zeit bezogen. Hieraus und aus der Haftung der zivilen Frucht der Miete für die Hypothekenforderung nach § 1123 Abs. 1 BGB. ergibt sich der Interessenwiderstreit, den § 1124 Abs. 2 zu entscheiden hat. Die Haftung der Mietfrucht für die Hypothekenforderung wird für die Zeit nach der Beschlagnahme eine tatsächliche. Für diese Zeit will das Gesetz dem Hypothekengläubiger die Mieten zur Abdeckung seiner Forderung zur Verfügung stellen. Zu diesem Zweck mußte es die Vorausverfügung über Mietforderungen, soweit sie die Zeit nach der Beschlagnahme betrifft, für unwirksam erklären und damit dem Hypothekengläubiger die Möglichkeit geben, die auf diese Zeit entfallenden Mietforderungen zur Deckung seiner Hypothekenforderung einzuziehen. Das konnte notwendigerweise nur auf Kosten des Mieters gehen, der nochmals zahlen mußte und dem die Gefahr der Durchsetzung seines Bereicherungsanspruchs gegen seinen ehemaligen Vermieter aufgebürdet wurde. Diesen Interessenwiderstreit hat das Gesetz klar zuungunsten des Mieters entschieden und die Lage des Mieters lediglich durch Einschaltung einer Schonfrist gemildert. In dem hier gegebenen Fall der Zwangsverwaltung enthält die Anordnung der Zwangsverwaltung nach §§ 148, 20, 21 ZwVerstG. die Beschlagnahme der Mieten für die Hypothekengläubiger. Dem Zwangsverwalter gegenüber als dem Sachwalter der Hypothekengläubiger ist in diesem Fall die Einziehung der Mieten für die Zeit nach der Beschlagnahme nach Ablauf der Schonfrist unwirksam.

Von dieser Unwirksamkeit von Vorausverfügungen macht das RG. in einer in RGZ. 94, 279 = JW. 1919, 674 aufgestellten und seither aufrechterhaltenen (zuletzt RGZ. 144, 195 ff. = JW. 1934, 1561) Lehre dann eine Ausnahme, wenn die Vorausverfügung „vertragsgemäß", „in Gemäßheit des Mietvertrages" erfolgte, d. h. also wenn die Fälligkeit eines auf eine spätere Zeit entfallenden Mietzinses vertraglich vereinbart war. Diese Lehre ist in der Rspr. und im Schrifttum verschiedentlich angegriffen worden (vgl. besonders LG. Greifswald: JW. 1931, 1204; OLG. Königsberg: JW. 1932, 3013/14; OLG. Hamm: JW. 1932, 3207; OLG. Düsseldorf: JW. 1933, 2223; LG. Leipzig: JW. 1933, 2233; Brandis: JW. 1933, 881 ff.). Sie ist nach Auffassung der Kammer nicht haltbar. Die Streitfrage ist nicht mit der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 1124 Abs. 2 zu meistern. Auch begrifflichen Erwägungen kann keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Die streitige Auslegungsfrage ist allein nach Sinn, Zweck und Auswirkung des Gesetzes zu beantworten. Das Ergebnis einer Abwägung der in Betracht kommenden wirtschaftlichen und sozialen Belange muß maßgebend sein. Der entscheidende Gesichtspunkt muß sein, daß das Gesetz im Interesse der Hypothekengläubiger und damit des Grundkredits auf Kosten des Mieters für die Zeit nach der Beschlagnahme und nach Ablauf der Schonfrist den Hypothekengläubigern als Haftungsgegenstand die Mietfrüchte des Hauses sichern will. Wenn dieser Schutz der Hypothekengläubiger wirksam sein soll, dann kann es auf die Fälligkeit der Mietzinsforderung nicht ankommen und entscheidend immer nur sein, welche Miete auf den Zeitraum nach Ablauf der Schonfrist entfällt. Würde man, der Lehre des RG. folgend, nur diejenigen Mieteinziehungen für unwirksam halten, die entgegen dem Vertragsinhalt vor der Fälligkeit erfolgen, dann würde die Durchführung der Erstreckung der Hypothekenforderung auf die Mieten nur ungenügend sein. Eine Gefährdung des Grundkredits wäre die Folge. Daß bei Unwirksamkeit der Vorauszahlung auch bei Vorausfälligkeit dem Mieter die Gefahr doppelter Zahlung und Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs gegen den ehemaligen Vermieter aufgebürdet wird, ist unumgänglich. Es liegt ein echter Interessenwiderstreit vor, den das Gesetz auch für den Fall vertragsmäßiger Vorausverfügungen zuungunsten des Mieters entscheidet. Die Vorauszahlung der Miete ist in jedem Fall, ob sie vertragsgemäß erfolgt oder ohne vertragliche Verpflichtung, wirtschaftlich ein dem Vermieter gewährter Kredit. Diesen Kredit gibt der Mieter auf eigene Gefahr, wenn er sich nicht besonders sichert. Er kann als jüngster ungesicherter Kreditgeber nicht verlangen, vor älteren im Grundbuch eingetragenen Gläubigern befriedigt zu werden. Darauf aber würde es wirtschaftlich hinauslaufen, wenn man die vertragsmäßige Vorausverfügung in der Zwangsverwaltung wirksam sein lassen wollte. Die Auffassung des Mieters, daß er dadurch gesichert sei, daß er den vorgeschossenen Betrag abwohnen könne, ist, grundsätzlich jedenfalls, mißbräuchlich. Das Grundstück, das mit Hypotheken belastet ist, unterliegt nach dem Gesetz mitsamt seinen Mietfrüchten der Haftung für die Hypothek. Diese Haftung soll nach dem Gesetz jederzeit durch eine Beschlagnahme praktisch greifbar werden können. Dann aber muß im Falle der Beschlagnahme das Interesse des Mieters den Interessen des Hypothekengläubigers und damit des Grundkredits in jedem Fall weichen, ob die Vorauszahlung vertragsmäßig war oder nicht. Die Lehre des RG. beruht nach Ansicht der Kammer auf einer nicht haltbaren Auffassung der Vorausverfügung und bedient sich einer bedenklichen Grenzziehung. Es ist nach Auffassung der Kammer nicht richtig, daß eine Vorausverfügung nicht vorliegen könne, wenn bereits im Mietvertrage die Vorauszahlung vereinbart sei. Es trifft auch nicht zu, daß — wie das RG. meint — nicht der Fall gegeben sei, daß einmal entstandene Mietzinsansprüche dem Zugriff der Gläubiger durch vorzeitige Einziehung entzogen würden. Diese Auffassung verkennt die Fruchteigenschaft der Miete und ihre Bezogenheit auf die Gebrauchsgewährung während eines bestimmten Zeitraums. Nur bei Zugrundelegung dieses Fruchtbegriffes ist der Schutz, den das Gesetz dem Hypothekengläubiger angedeihen lassen will, voll verständlich. Wenn die Miete vertragsgemäß auf ein Jahr vorausgezahlt wird, dann wird über die auf die zukünftigen Monate entfallenden Mietzinsforderungen genau so verfügt, wie bei Vorauszahlung ohne vertragliche Verpflichtung hierzu. Auch der Schluß, der Vermieter brauche überhaupt nicht zu vermieten, er könne den Raum unentgeltlich oder zu geringerem Preise überlassen, also könne er auch Vorauszahlungen entgegennehmen, ist unzutreffend. Es bleibt dem Vermieter allerdings überlassen, ob er überhaupt vermieten will oder nicht und zu welchem Preise. Der Hypothekengläubiger hat kein

Recht darauf, daß ihm Haftungsgegenstände zugeführt werden. Wenn der Vermieter aber Früchte zieht, oder besser gesagt das Grundstück fruchttragend gestaltet, dann muß die auf die Zeit nach der Beschlagnahme und Ablauf der Schonfrist entfallende Frucht, ob sie gering oder groß ist, dem Hypothekengläubiger zufallen. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Begriff der „vertragsgemäßen" Vorausverfügung keine Geltung haben soll, wenn eine Verfügung — „in Gemäßheit" des abgeänderten Mietvertrages erfolgt, und warum nicht in der Vorauszahlung der Miete, ohne vertragliche Verpflichtung dazu, eine Abänderung des Mietvertrages für diesen Einzelfall vorliegt und die Vorausverfügung daher infolge übereinstimmender Erklärung der Parteien immer „in Gemäßheit des Vertrages" erfolgt. Der Begriff der vertragsgemäßen Verfügung, der dem Gesetz nicht bekannt ist, erscheint daher für eine Lösung der Frage nicht brauchbar.

Die Kammer hat in dem Verfahren 248 S. 3764/35 (Urteil v. 16. Sept. 1935, vorstehend unter I abgedruckt) zum Ausdruck gebracht, daß diese Unwirksamkeit von Vorausverfügungen dann nicht Platz greife, wenn die vorausbezahlte Summe in bestimmter Weise auf das Grundstück verwendet und durch diese Verwendung auf das Grundstück die Vermietung und Fruchtbringung überhaupt erst ermöglicht wird. Wenn die Vorauszahlung ausschließlich der Verbesserung des Grundstücks dient und ohne sie weder die Verbesserung noch überhaupt die Fruchtziehung erfolgt wäre, dann kann infolge völlig abweichender Interessenlage die vom Gesetz angeordnete Unwirksamkeit der Vorausverfügung nicht Platz greifen. Die vom Gesetz gemißbilligte Vorausernte der zivilen Frucht der Miete liegt dann in Wahrheit nicht vor. Eine erneute Zahlung der Miete an den Zwangsverwalter würde zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse führen. Im einzelnen wird auf die Ausführungen der Kammer in dem genannten Urteil Bezug genommen. Die Kammer hat auch im vorl. Verfahren in dieser Richtung Beweis erhoben. Die Beweisaufnahme hat jedoch eine wesentlich andere Sachlage ergeben. Das Grundstück erforderte Zuschüsse, der Nießbraucher hat etwa 3000 *RM* in das Grundstück hineingesteckt, die vorausbezahlte Summe von 1000 *RM* diente zur Tilgung fälliger Hypothekenzinsen. Es fehlt bei diesem Sachverhalt sowohl die Voraussetzung, daß die Vorauszahlung in das Grundstück gesteckt ist, als auch die weitere Voraussetzung, daß sie die Fruchtziehung überhaupt erst ermöglichte. Ohne die Vorauszahlung hätte der Nießbraucher möglicherweise statt 3000 *RM* 4000 *RM* zugegeben, so daß eine sichere Feststellung, daß die Vorauszahlung allein der Zwangsverwaltungsmasse zugute gekommen ist, nicht möglich ist. Es muß in solchen Falle bei dem Grundsatz verbleiben, daß die Vorausverfügung unwirksam ist. Gerade der vorl. Fall, in dem eine Vorauszahlung verlangt wird, um ein überschuldetes und notleidendes Hausgrundstück noch eine Zeitlang vor der Zwangsvollstreckung zu bewahren, zeigt deutlich, daß wirtschaftlich ein dem Vermieter gewährter ungesicherter Kredit vorliegt, der im Falle des Zusammenbruchs älteren gesicherten Rechten weichen muß. Der Mieter kann nur dann ohne Mißbrauch in solchem Falle seinem Vermieter einen abzuwohnenden Kredit geben, wenn durch ihn das Grundstück — insbes. durch Instandsetzung des Mietraums — verbessert und die Fruchtziehung dadurch überhaupt erst ermöglicht wird.

(LG. Berlin, 48. ZK., Urt. v. 17. Okt. 1935, 248 S 5073/35.)

*

36. Die Kosten einer Bietungsvollmacht gehören nicht zu den gemäß § 1118 BGB. und § 10 Abs. 2 ZwVerstG. aus dem Versteigerungserlös zu deckenden Kosten.

In der letzten mündlichen Verhandlung waren sich die Parteien darüber einig, daß die den Gegenstand der Klage bildenden Vollmachtskosten von 186,80 *RM* ihrem Grunde nach nur dadurch entstanden sind, daß die Vollmacht dem Vertreter der Kl. in dem fraglichen Zwangsversteigerungsverfahren insbes. auch das Recht zum Mitbieten gewährte, daß dagegen eine Vollmacht lediglich zur Vertretung der Kl. im Zwangsversteigerungsverfahren nach Art einer gewöhnlichen Prozeßvollmacht nur der einfachen Schriftform bedurft und keine Kosten verursacht hätte. Es kommt daher in der Tat nur auf die Frage an, ob zu den Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung i. S. der § 1118 BGB., § 10 Abs. 2 ZwVerstG. auch die Kosten einer Bietungsvollmacht gehören. Diese Frage ist mit dem Vorderrichter zu verneinen. Wie in der im Verlauf des Prozesses mehrfach erörterten Entsch. des KG. v. 3. Jan. 1934 (JW. 1934, 777) zutreffend ausgeführt ist, sind Maßnahmen des Hypothekengläubigers wie Mitbieten oder Ersteigern des Grundstücks keine auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichteten Vollstreckungsmaßnahmen. Es sind Handlungen, die auch jeder nicht beteiligte Dritte vornehmen kann. Wenn der Hypothekengläubiger sie ergreift, so tut er dies über den Rahmen der Rechtsverfolgung hinaus, gerade weil er befürchtet, daß er im Wege der Zwangsvollstreckung leer ausgehen, das heißt mit seiner Hypothek ausfallen würde. Das Mitbieten und Ersteigern des Grundstücks stellen sich daher nur als Maßnahmen dar, die der wirtschaftlichen Erhaltung des Vermögens dienen, aber gerade keine Rechtsverfolgung durch Vollstreckungshandlungen mehr sind. Diese Unterscheidung ist keineswegs nur, wie die Kl. meint, eine „typisch begriffsjuristische, die zusammengehörige Lebensvorgänge aus rein logischen Erwägungen auseinanderreißt", sondern ist auch durch praktische Überlegungen gerechtfertigt. So weist der Bekl. mit Recht darauf hin, daß bei einer anderen Entsch. der Frage niemand auch nur einigermaßen sicher berechnen kann, mit welchen ihm im Range vorgehenden Kosten er zu rechnen hat; denn wenn jeder Hypothekengläubiger die Erstattung der Kosten des Mitbietens verlangen darf, so kann sich daraus ein Betrag ergeben, durch den die Ausbietung einer für sicher gehaltenen Hypothek unterbleibt. Es besteht daher auch ein praktisches Bedürfnis, den Umfang der Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 BGB., § 10 Abs. 2 ZwVerstG. haftet, nicht über ein mit dem Wortlaut des Gesetzes ohne Zwang zu vereinbarendes Maß hinaus zu erstrecken.

(LG. Berlin, Urt. v. 19. Sept. 1935, 252 S 5291/35.)

*

37. § 144 ZwVerstG. Nachweis der Befriedigung des Erstehers bedarf nicht der in § 144 bestimmten Form.

Für den Fall der außergerichtlichen Verteilung des Erlöses bestimmt § 144 ZwVerstG., daß der Ersteher dem Gericht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen hat, daß er diejenigen Berechtigten, deren Ansprüche durch das Gebot gedeckt sind, befriedigt hat. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ist zu entnehmen, daß sich der formgerechte Nachweis der Befriedigung auf dritte Berechtigte bezieht, nicht aber auf den Fall, daß der Hebungsberechtigte mit dem Ersteher identisch ist. Die von der BeschwF. abgegebene privatschriftliche Erklärung muß deshalb für ausreichend erachtet werden. Es handelt sich bei der von der Ersteherin erklärten Aufrechnung, worauf Jaeckel-Güthe (Anm. 4 zu § 91) mit Recht hinweist, um eine vereinfachte Zahlungserledigung in der Form, daß die Ersteherin, ohne in der auf sie entfallenden Höhe Zahlung an sich selbst zu leisten, sich für befriedigt erklärt. Da die Ersteherin diese Erklärung im gewöhnlichen Verteilungsverfahren dem Versteigerungsrichter gegenüber hätte formlos abgeben können, kann auch für die Erklärung, die sie hier im außergerichtlichen Verteilungsverfahren abgegeben hat, die vom AG. verlangte Form nicht verlangt werden, abgesehen davon, daß dieses Verlangen einen ungerechtfertigten Formalismus bedeuten würde.

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 4. Nov. 1935, 2o1 T 12906/35.)

*

38. § 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Unzutreffende Bezeichnung eines Rechtsmittels. (Berufung statt Einspruch). Ehrenpflicht des Gerichts über formelle Bedenken bei einer rechtsunkundigen Partei hinwegzusehen.

Die Kl. hat gegen die Bekl. eine Klage auf Zahlung erhoben. Im Verhandlungstermin am 3. April 1935 sind die Bekl. nicht erschienen. Auf Antrag der Kl. ist gegen die Bekl. Versäumnisurteil nach Klageantrag ergangen. Hiergegen haben die Bekl. rechtzeitig Einspruch eingelegt. Im Verhandlungstermin am 8. Mai 1935 ist streitig verhandelt worden. Es ist ein Beweisbeschluß ergangen und Termin zur Beweisaufnahme und Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 29. Mai 1935 anberaumt worden. Die Bekl. haben behauptet, die Terminsanberaumung auf den 29. Mai 1935 sei erst am Schluß der Sitzung verkündet worden. Von dem amtierenden Richter sei ihnen gesagt worden, sie könnten sich schon vor Sitzungsschluß entfernen, da sie schriftlich Bescheid bekommen würden. Sie hätten sich daraufhin entfernt. Der amtierende Richter hat in einer dienstlichen Äußerung erklärt, er könne sich auf die Einzelheiten des Termins vom 29. Mai 1935 nicht mehr entsinnen, es sei aber nicht ausgeschlossen, daß die Darstellung der Bekl. zutreffend sei. Tatsächlich haben die Bekl. von der Terminsanberaumung auf den 29. Mai 1935 eine schriftliche Nachricht nicht erhalten. Da sie von dem Termin keine Kenntnis hatten, sind sie in ihm nicht erschienen. Auf Antrag der Kl. ist wieder Versäumnisurteil dahin ergangen, daß das Versäumnisurteil v. 3. April 1935 aufrechterhalten werde. Dieses Urteil ist am 13. Juni 1935 zugestellt worden. — Nunmehr haben sich die Bekl. zu der NS.-Rechtsbetreuung begeben. Der die Sache dort bearbeitende Anwalt hat gegen das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 Berufung eingelegt, die beim LG. am 18. Juni 1935 eingegangen ist. Er ist dabei — wie der Inhalt seiner Berufungsschrift ergibt — von der Annahme ausgegangen, daß das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 ein „zweites Versäumnisurteil i. S. des § 345 ZPO." sei. Auch das LG. ist zunächst dieser Meinung gewesen. Erst am 10. Juli 1935 ist beim LG. bemerkt worden, daß ein zweites Versäumnisurteil i. S. des § 345 ZPO. nicht vorlag. Das LG. hat dies nunmehr dem Prozeßbevollmächtigten der Bekl. durch Schreiben v. 10. Juli 1935 mitgeteilt und gleichzeitig die Sache an das AG. abgegeben, da das AG. und nicht das LG. für die Sache zuständig sei. Der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. hat mit Schriftsatz v. 12. Juli 1935, eingegangen

am 13. Juli 1935, gebeten, die „Berufung" als Einspruch gegen das Versäumnisurteil anzusehen und wegen der Versäumung der Einspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Durch Urt. v. 12. Aug. 1935 hat dann das AG. diesen Einspruch als unzulässig verworfen, da der Einspruch beim AG. verspätet eingegangen sei und die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gegeben seien. Hiergegen haben die Bekl. durch einen am 12. Sept. 1935 beim LG. eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt.

Die Berufung ist rechtzeitig eingelegt.

Das Verfahren in der vorliegenden Sache leidet an einer Verkettung unglücklicher Zufälle. Das Versäumnisurteil v. 3. April 1935 ist das erste Versäumnisurteil. Das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 ist zwar tatsächlich das zweite Versäumnisurteil, es ist aber nicht rechtlich als zweites Versäumnisurteil anzusehen. Als zweites Versäumnisurteil i. S. der ZPO. (§ 345) gilt vielmehr nur ein solches Versäumnisurteil, das unmittelbar auf das erste Versäumnisurteil folgt, ohne daß in der Zwischenzeit eine erneute streitige Verhandlung der Parteien stattgefunden hat. Ein zweites Versäumnisurteil im Rechtssinne ist also nur dann gegeben, wenn eine Partei an zwei aufeinanderfolgenden Terminen nicht erscheint und jedesmal in diesen Terminen Versäumnisurteil ergeht. Dieser Tatbestand ist hier deshalb nicht gegeben, weil die Bekl., nachdem am 3. April 1935 Versäumnisurteil ergangen war, im Termin am 8. Mai 1935 erschienen sind, so daß in diesem Termin streitig verhandelt worden ist. Erst im folgenden Termin, am 29. Mai 1935, sind die Bekl. erneut ausgeblieben. Das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 war also im Rechtssinne ein „erstes Versäumnisurteil". Gegen ein „zweites Versäumnisurteil i. S. des § 345 ZPO." ist die Berufung das zulässige Rechtsmittel, die beim LG., gegen ein „erstes Versäumnisurteil" ist der Einspruch gegeben, der beim AG. einzulegen ist (§ 338 ZPO.). Der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. hätte also gegen das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 Einspruch beim AG. einlegen müssen. Wenn er Berufung eingelegt hat, so ist er von einem Verschulden in der Sache nicht freizusprechen. Dieses Verschulden würde aber für die Bekl. keine Nachteile gehabt haben, wenn die von den Bekl. eingelegte „Berufung" beim LG. richtig behandelt worden wäre. Es war ohne weiteres klar, daß die Bekl. gegen das Urt. vom 29. April 1935 das zulässige Rechtsmittel einlegen wollten. Ob sie dieses Rechtsmittel als Berufung oder als Einspruch bezeichneten, war nicht erheblich. Wäre beim LG. alsbald bemerkt worden, daß ein „zweites Versäumnisurteil i. S. des § 345 ZPO." gar nicht vorlag, so hätte die Sache an das AG. abgegeben werden müssen, da die Rechtsmittelschrift der Bekl. als Einspruch anzusehen war, für den das AG. zuständig war. Bei alsbaldiger Abgabe an das AG. wäre die Sache auch rechtzeitig beim AG. eingegangen; denn, da das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 am 13. Juni 1935 zugestellt war, lief die Einspruchsfrist am 20. Juni 1935 ab (§§ 339 Abs. 1, 508 Abs. 2 ZPO.). Die Sache wäre also bis zum 20. Juni 1935 beim AG. eingegangen. Die Tatsache, daß diese Abgabe nicht alsbald, sondern erst verspätet erfolgt ist, bedeutet einen für die Bekl. unabwendbaren Zufall, der die Wiedereinsetzung begründet (§ 233 ZPO.). Wenn das AG. die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung verneint hat, so kann dem deshalb nicht beigepflichtet werden, weil das AG. lediglich das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten der Bekl. in Betracht zieht, nicht aber auch die Behandlung der Sache beim LG. erörtert. Wie bereits oben ausgeführt, würde das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten aber nicht erheblich (ursächlich) für die Fristversäumung sein, wenn die Sache beim LG. richtig behandelt worden wäre. Die Frist für die Wiedereinsetzung (zwei Wochen, § 234 ZPO.) ist gewahrt, da der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. frühestens am 11. Juli 1935 davon Kenntnis erlangt hat, daß ein „zweites Versäumnisurteil" gar nicht vorliege, und da er durch einen am 13. Juli 1935 eingegangenen Schriftsatz Wiedereinsetzung beantragt und Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt hat. Der Wiedereinsetzungsantrag ist auch in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gestellt.

Schließlich sei noch folgendes hervorgehoben:

Die Bekl. haben sich zunächst vor dem AG. selbst vertreten und haben sich erst, nachdem das Versäumnisurteil v. 29. Mai 1935 ihnen zugestellt worden war, zu einem Anwalt begeben. Würden die Bekl. von vornherein einen Anwalt gehabt haben, so könnte es zweifelhaft erscheinen, ob das LG. verpflichtet gewesen wäre, die Berufung der Bekl. als Einspruch anzusehen. Dies braucht hier aber nicht erörtert zu werden. Da die Bekl., die nicht genügend rechtskundig sind, sich zunächst selbst vertreten haben, war es jedenfalls Ehrenpflicht des Gerichts (nobile officium), das von den Bekl. eingelegte Rechtsmittel als Einspruch, der allein zulässig war, zu behandeln.

Da die Verwerfung des Einspruchs durch das AG. in dem angefochtenen Urteil demnach zu Unrecht erfolgt ist, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das AG. zurückzuverweisen.

(LG. Berlin, Urt. v. 3. Okt. 1935, 248 S 6066/35.)

39. §§ 901, 915 ZPO. Ges. z. Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. Keine vorzeitige Löschung im Schuldnerverzeichnis. Auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Ges. v. 13. Dez. 1934.

Gegen den ordnungsgemäß zum Offenbarungseidtermin geladen gewesenen Schuldner ist wegen Nichterscheinens die Haft angeordnet worden. Der Schuldner beantragte, die infolge der Haftanordnung gem. § 915 ZPO. vorgenommene Eintragung im Schuldnerverzeichnis zu löschen, mit der Begründung: er, der Schuldner, habe jetzt die ganze Schuld gezahlt, und auch der Gläubiger sei mit der Löschung einverstanden; mindestens gem. dem Ges. v. 13. Dez. 1934 sei der Antrag auf Löschung gerechtfertigt. Der Antrag wurde zurückgewiesen. Gegen die Anwendbarkeit des MißbrauchsG. v. 13. Dez. 1934 spricht die grundsätzliche Erwägung, daß dieses Gesetz nur Maßnahmen der Zwangsvollstreckung betrifft, und zwar solche Maßnahmen, welche durch ein Vorgehen des Gläubigers erfolgen. Bei der hier in Frage stehenden Eintragung in das Schuldnerverzeichnis gem. § 915 ZPO. handelt es sich aber nicht um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung i. S. des Ges. v. 13. Dez. 1934, sondern lediglich um eine Verwaltungsmaßnahme, auf deren Vornahme oder Unterlassung bzw. Beseitigung weder der Gläubiger noch der Schuldner Einfluß hat (Stein-Jonas, IV zu § 915).

§ 915 ZPO. dient der allgemeinen Sicherheit im Geschäftsverkehr, indem diejenigen, welche den Offenbarungseid geleistet haben, und diejenigen Schuldner, welche es zu einer Haftanordnung haben kommen lassen, kenntlich gemacht werden sollen. Die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis erfolgt also als Verwaltungsmaßnahme ohne weiteres, wenn die beiden vorerwähnten Voraussetzungen der Eidesleistung oder der erfolgten Haftanordnung vorliegen. Eine Löschung der Eintragung kommt nur in dem einen Fall in Frage, daß der Haftbefehl selbst durch gerichtliche Entsch. wieder aufgehoben wird. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine Aufhebung des Haftbefehls hier überhaupt in Frage käme; vgl. die Entsch. der Kammer: JW. 1935, 70 und die gegenteilige Meinung von Jonas in der Anm. daselbst. Anders als in jener zit. Entsch. ist hier weder vom Gläubiger der Antrag auf Erlaß des Haftbefehls zurückgenommen, noch ist vom Schuldner selbst der Antrag auf Aufhebung des nach § 901 ZPO. ordnungsmäßig erlassenen Haftbefehls gestellt worden. Selbst wenn man hier aber die Erklärung des Gläubigers, er sei mit der Löschung im Verzeichnis einverstanden, als Erklärung weiter auslegen würde dahin, er ziehe jetzt nachträglich den Antrag auf Haftbefehl zurück, so würde eine dann gegebenenfalls in Frage kommende Aufhebung des Haftbefehls die Löschung im Schuldnerverzeichnis noch nicht rechtfertigen. Entgegen der Meinung von Jonas: JW. 1935, 70 ist die Kammer der Auffassung, daß ein einmal ordnungsmäßig erlassener Haftbefehl seine Wirkung aus § 915 ZPO. behält. Der Wortlaut in § 915 „... gegen welche die Haft angeordet ist" kann nicht, wie Jonas meint, dahin verstanden werden „gegen welche ein Haftbefehl läuft". Weder hat eine solche Auslegung im Gesetz ihre Stütze noch auch entspricht sie etwa dem besseren praktischen Bedürfnis des Wirtschaftslebens. Denn es wäre ein weniger an Verkehrssicherheit, wenn diejenigen Schuldner, bei denen die Voraussetzungen für die Eintragung im Schuldnerverzeichnis vorgelegen haben, wieder im Verzeichnis gelöscht würden, nur weil sie später gezahlt haben und weil der Gläubiger mit der Löschung einverstanden ist.

(LG. Berlin v. 26. April 1935, 257 T 4291/35.)

*

Halle

40. § 1 SchRG.; Richtlinien v. 13. Juni 1934, Teil I, Nr. 8, 11; Art. 20 Abs. 1 der 6. DurchfVO. Grundsätze für die Anwendung des SchRG. auf gemischte und Doppelbetriebe. Das Entschuldungsverfahren ist schon dann aufzuheben, wenn ein erheblicher Zweifel an dem Überwiegen des landwirtschaftlichen Teiles gegenüber dem nicht landwirtschaftlichen besteht.

Die Beschw. des Betriebsinhabers gegen die Aufhebung des Entschuldungsverfahrens hatte keinen Erfolg, da sein Betrieb nicht die Voraussetzungen des § 1 SchRG. i. Verb. m. den Ziff. I Nr. 8 bis 14 der Richtlinien v. 13. Juni 1934 erfüllt.

Bei dem Betrieb des BeschwF., dessen Einheitswert auf 14 500 *RM* festgestellt worden ist, handelt es sich zum mindesten um einen gemischten Betrieb i. S. der Ziff. I Nr. 8—10 der genannten Richtlinien, wenn man nicht gar das Vorliegen von Doppelbetrieben (a. a. O. Ziff. I Nr. 11—14) annehmen will. Der Gesamtbetrieb umfaßt eine auf 23 Morgen betriebene Landwirtschaft, ferner Gastwirtschaft und Fleischerei. Es hat sich nun auch nicht mit annähernder Sicherheit feststellen lassen, daß der Lebensunterhalt des BeschwF. in der Hauptsache aus dem landwirtschaftlichen Teile des Betriebes bestritten wird. Diese positive Feststellung wäre aber nach der Auffassung des BeschwG. erforderlich. Das SchRG. ist ein Ausnahmegesetz zugunsten landwirtschaftlicher Betriebsinhaber i. S. des § 1 und nach seinem Sinn und Zweck nicht

zur Entschuldung auch von Gewerbetreibenden bestimmt, soweit nicht die besonderen Best. für sogenannte Kleinbetriebe (Richtlinien v. 31. Juli 1935: DJ. 1935, 1087) nach ihrem Inhalt zwangsläufig diese Folge haben. Das Vorliegen eines land- usw. wirtschaftlichen Betriebes, insbes. auch bei sogenannten gemischten und Doppelbetrieben, das Vorhandensein der Voraussetzungen der Nr. 8 Satz 2 bzw. der Nr. 11 Satz 3 des Teils I der Richtlinien v. 13. Juni 1934, muß positiv festgestellt werden, wenn der betreffende Antragsteller als Landwirt i. S. des § 1 SchRG. angesehen werden soll. Es ist also nicht umgekehrt so, daß das Schuldenregelungsverfahren eröffnet bzw. durchgeführt werden müßte, auch wenn erhebliche Zweifel daran bestehen bzw. sich ergeben, daß der landwirtschaftliche Teil des Betriebes überwiegt. Vielmehr liegen in diesem Falle, sofern das Verfahren einmal eröffnet worden ist, die Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 1 der 6. DurchfVO. für die Aufhebung des Verfahrens vor. Allerdings müssen die Zweifel auch wirklich erheblich sein, das heißt von einer Zahl und Schwergewicht, daß mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit umgekehrt das Überwiegen des nicht landwirtschaftlichen Teiles des Betriebes festgestellt werden könnte. So liegen die Dinge hier.

Der BeschwF. hat den interessierenden Grundbesitz i. J. 1927 erworben. Er ist im Grundbuch als Gastwirt eingetragen. Es ist klar, daß diese Berufsbezeichnung nicht in einer willkürlichen Maßnahme einer Behörde, wie sie der BeschwF. dem FinA. unterstellt, sondern nur in einer entsprechenden Angabe des BeschwF. selbst ihren Grund haben kann. Der BeschwF. hat dann in erheblichem Umfange gebaut, wobei es auf sich beruhen kann, ob die Bauausführung 21 000 *RM*, wie die Entschuldungsstelle angibt, oder 16 000 *RM*, wie der Reichsnährstand meint, gekostet und Schulden des BeschwF. in entsprechender Höhe zur Folge gehabt hat. Nach dem Ermittlungsergebnis unterliegt es auch für das BeschwG. keinem Zweifel, daß der Bau ganz überwiegend dem gewerblichen Betriebe des BeschwF., nicht aber seiner Landwirtschaft zugute gekommen ist. Der Bau der Gastwirtschaft ist im übrigen in einem Ausmaße erfolgt, das zu den dörflichen Verhältnissen in T. in krassem Gegensatze stand. Im übrigen hat der BeschwF. eine Zeitlang sich auch im Dienste der Reichspost betätigt und dabei Unterschlagungen begangen, weswegen er zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Im Hinblick auf das oben Gesagte ist es auch durchaus verständlich, daß nach der Feststellung des FinA. von dem Einheitswert des Betriebes (14 500 *RM*) 10 300 *RM* auf den Gastwirtschaftsbetrieb und nur der Rest auf den landwirtschaftlichen Betrieb entfallen. Es besteht gar kein Anhaltspunkt für die Richtigkeit der in der Beschw. offenbar zum Ausdruck gebrachten Behauptung, diese Feststellung sei unrichtig. Diese Behauptung aber will der BeschwF. ersichtlich aufstellen, wenn er meint, „die Festsetzung des Einheitswerts von 10 300 *RM* auf Gastwirtschaft und Fleischerei habe auch nur unter dem System von 1918 erfolgen können". Es kommt weiter hinzu, daß von den angemeldeten Forderungen nur etwas über 540 *RM* auf solche Schulden entfallen, die bestenfalls als landwirtschaftliche Schulden angesehen werden können, dagegen über 6800 *RM* auf solche Schulden, die mit Sicherheit als gewerbliche Schulden festzustellen sind. Schließlich gibt auch noch einen gewissen Fingerzeig für die Beurteilung der hier interessierenden Frage, daß nach Auskunft des FinA. der gewerbliche Umsatz des BeschwF. in den Jahren 1931 bis 1934 (beides einschließlich) ein Vielfaches seines landwirtschaftlichen Umsatzes dargestellt hat. Zwar wäre, wie das BeschwG. ausdrücklich bemerkt, diese letzte Erwägung weder allein maßgebend noch auch im Zusammenhang mit dem übrigen wenigstens ausschlaggebend. Aber jedenfalls kann und muß der Umsatz des BeschwF. mit berücksichtigt werden.

Nimmt man nun aber die gesamten oben festgestellten Tatsachen zusammen, so läßt sich in der Tat nicht feststellen, daß der Betrieb des BeschwF. ein überwiegend landwirtschaftlicher ist. Vielmehr bestehen für die gegenteilige Feststellung so zahlreiche und schwerwiegende Anhaltspunkte, daß der BeschwF. nicht mehr mit der nach dem Gesetz erforderlichen Sicherheit als Landwirt i. S. des § 1 SchRG. angesehen werden kann.

(LG. Halle, Beschl. v. 24. Aug. 1935, 10 T 18/35.)

*

41. Art. 42 Abs. 2 der 7. DurchfVO.; Art. 21 der 3. DurchfVO. Neufestsetzungen von Altenteilsleistungen nach Art. 21 Abs. 4 der 3. DurchfVO. und Art. 42 Abs. 2 der 7. DurchfVO. z. SchRG. treten für die Beteiligten rückwirkend auf den Tag der Verfahrenseröffnung mit der Bestätigung des Entschuldungsplans (Zwangsvergleichs) in Kraft.

Die vom EntschuldA. getroffene Best., daß die von ihm vorgenommene Neufestsetzung der Altenteilsleistungen am 1. Sept. 1935 in Kraft zu treten hat, war nicht zulässig. Grundsätzlich haben die Anordnungen, welche das EntschuldA. nach Art. 21 Abs. 4 der 3. DurchfVO. und Art. 42 Abs. 2 der 7. DurchfVO. zu treffen hat, für die Beteiligten keine alsbaldige Wirkung. Diese Neufestsetzungen von Leistungen erfolgen nur unter der Voraussetzung, daß das Verfahren durchgeführt, also ein Entschuldungsplan oder ein Zwangsvergleich tatsächlich bestätigt wird. Ob dies geschehen wird, steht jetzt noch dahin. Das Verfahren kann aufgehoben oder eingestellt werden. Solchenfalls verbleibt es bei den alten Vertragsleistungen, in die alsdann das EntschuldA. nicht eingreifen darf. Wird allerdings ein Entschuldungsplan oder Zwangsvergleich bestätigt, dann gelten zufolge der Best. in Art. 15 Abs. 1 Satz 2 der 3. DurchfVO. auch die nach Art. 21 Abs. 4 erfolgten Neufestsetzungen rückwirkend als bereits im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens eingetreten. Das EntschuldA. darf also nicht willkürlich einen Zeitpunkt herausgreifen und bestimmen, von dem ab seine Neufestsetzung in Kraft treten soll. Diese Best. des Art. 15 Abs. 1 S. 2 der 3. DurchfVO. hat anscheinend das LG. in Schneidemühl bei seiner gegenteiligen Entsch. v. 5. Febr. 1935 (JW. 1935, 1200[8]) übersehen. Die Bescheide des RErnährM. v. 17. Okt. und 10. Nov. 1934 (AME. 104, 96 und 110, 87) sind durch Art. 38 Abs. 1 der 7. DurchfVO. überholt.

Nun bestimmt allerdings Art. 15 Abs. 2 der 3. DurchfVO., daß die Entschuldungsstelle, also nicht das EntschuldA., anordnen kann, daß der Betriebsinhaber bereits während der Dauer des Entschuldungsverfahrens die nach Abs. 1 Satz 2 zu entrichtenden Jahresleistungen nur von dem nach einer möglicherweise eintretenden Kapitalkürzung verbleibenden Betrage entrichtet. Diese Vorschr., die getroffen worden ist, um bereits während der Verfahrensdauer die Leistungsfähigkeit des Betriebes zu sichern und ihn nicht durch untragbare Leistungen zu erschöpfen, bezieht sich zwar ihrem Wortlaute nach nur auf wiederkehrende Geldleistungen, denn nur sie können einem Kapital entstammen. Nach dem vorbezeichneten Zweck der Vorschr. wird man sie aber auch auf wiederkehrende Leistungen, die nicht in Geld zu erbringen sind, sinngemäß anzuwenden haben, bei denen also eine Kapitalkürzung nicht möglich ist, sondern an deren Stelle eine Neufestsetzung der Leistungen nach Art. 21 Abs. 4 der 3. DurchfVO. tritt. Nun nimmt zwar im vorl. Falle das EntschuldA. auch die Aufgaben der Entschuldungsstelle wahr (Art. 50 Abs. 1 der 7. DurchfVO.). Daß es aber durch die Best. des angefochtenen Beschlusses, die Neuregelung trete am 1. Sept. 1935 in Kraft, eine Anordnung nach Art. 15 Abs. 2 der 3. DurchfVO. hat treffen wollen, ist nach der Begr. seiner Entsch. nicht anzunehmen; die Anordnung hätte auch solchenfalls keinen bestimmten Zeitpunkt des Inkrafttretens bezeichnen dürfen, sondern schlechthin lauten müssen, daß der Betriebsinhaber die neufestgesetzten Jahresleistungen bereits während der Dauer des Verfahrens entrichtet.

(LG. Halle, Beschl. v. 28. Sept. 1935, 10 T 42/35.)

*

Hamburg

42. VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934. Zur Frage der Schutzwürdigkeit des Schuldners.

Der Schuldner hat beantragt, auf Grund des Ges. vom 13. Dez. 1934 die Zwangsversteigerung einzustellen und die Zwangsverwaltung aufzuheben, soweit sie von dem Gläubiger H. betrieben wird.

Gegen den ablehnenden Beschluß des AG. hat sich der Schuldner beschwert.

Das BeschwG. hat Ermittlungen insbes. über die Frage der Schutzwürdigkeit des Schuldners und der wirtschaftlichen Lage des Grundstücks angestellt. Es hat dann die Beschw. zurückgewiesen mit folgenden Ausführungen:

Das Ergebnis der Ermittlungen rechtfertigt die Ansicht des AG., daß der Schuldner nicht schutzwürdig ist. Er hat eine außerordentlich hohe Vorstrafenliste, und zwar erstrecken sich die Straftaten über viele Jahre bis in die neueste Zeit hinein. Zur Zeit läuft wieder ein Verfahren, das zwar noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, daß aber im ersten Rechtszuge mit einer Verurteilung des Schuldners zu einer Strafe von 18 Monaten Gefängnis geendet hat. Ob die von dem Schuldner nach seiner Angabe eingelegte Rev. Erfolg verspricht, braucht hier nicht erörtert zu werden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, müßte der Schuldner als schutzunwürdig angesehen werden. Zu dieser Auffassung muß auch das sonstige Verhalten des Schuldners führen. Vor dem letzten Verfahren gegen sich hat der Schuldner sich längere Zeit im Ausland verborgen gehalten, um sich der Strafverfolgung in Deutschland zu entziehen. Die Unterhaltspfleger seiner Tochter aus erster Ehe haben von ihm trotz großer Bemühungen keinerlei Unterhaltsbeträge erhalten können. Zur Zeit betreibt der jetzige Vormund und frühere Pfleger der Tochter wegen insgesamt 3250 *RM* rückständiger Unterhaltsgelder das Zwangsverwaltungsverfahren des Grundstücks.

Ein Schuldner, der in einer so groben Weise die ihm als Vater und als deutschem Staatsbürger obliegenden Pflichten verletzt, kann keinen Anspruch auf die Rechtswohltaten aus dem Ges. v. 13. Dez. 1934 erheben. Dieses Gesetz hat Ausnahmecharakter (Volkmar: DJ. 1934, 1625). Seine Anwendung bedeutet in den meisten Fällen, daß ein rechtskräftiger Titel durch die Entsch. des Vollstreckungsgerichts mehr oder weniger illusorisch gemacht wird, weil der Gläubiger nach dieser Entsch. seinen feststehenden Anspruch eben nicht mehr oder nicht rechtzeitig durchsetzen kann (Grund: JW. 1935, 20). Ein derartiger Eingriff in das Rechtsleben verlangt eine sorgfältige und gewissenhafte Abwägung und Prüfung aller Umstände des Falles. Diese Prüfung muß sich auch mit der Person des Schuldners befassen. Der Schutz des Gesetzes kann nur einem solchen Schuldner zugebilligt werden, dessen Persönlichkeit und Charakter in jeder Beziehung bedenkenfrei erscheinen. Die Prüfung kann nicht allein auf die zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden vertraglichen und wirtschaftlichen Beziehungen beschränkt werden. Eine wirklich gerechte, d. h. dem Volksempfinden entsprechende Entsch. ist erst möglich, wenn sowohl über die Persönlichkeiten von Schuldner und Gläubiger als auch über die in Betracht kommenden wirtschaftlichen Fragen Klarheit besteht.

Wird dieser Maßstab im vorl. Falle angewandt, so muß dem Schuldner der Schutz versagt werden.

Besondere Umstände, die trotz der Persönlichkeit des Schuldners zu einer anderen Auffassung führen könnten, sind nicht festzustellen. Auch die Tatsache, daß der in erster Linie in Betracht kommende Gläubiger H. Nichtarier ist, kann dann keine Bedeutung mehr haben, wenn berücksichtigt wird, daß der Schuldner selbst sich bis in die letzte Zeit hinein durch einen nichtarischen Anwalt hat vertreten lassen. Im übrigen hat H. von dem Schuldner rund 8000 *RM* zu fordern. Dieser Betrag ist von dem Schuldner jedenfalls nicht bestritten worden. Es widerspricht dem Volksempfinden nicht, wenn der Gläubiger die Beitreibung dieses Betrages sowohl im Wege der Zwangsverwaltung als auch der Zwangsversteigerung versucht. Das Verhalten des Schuldners besonders den Unterhaltspflegern seiner Tochter gegenüber beweist, daß auf gütlichem Wege von ihm doch keine Zahlungen zu erhalten sind.

Dem weiter von dem Schuldner vorgebrachten Grund, es müsse ihm das Grundstück erhalten werden, weil bei einer Zwangsversteigerung Hypothekengläubiger ausfallen würden, kann ebenfalls keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. In erster Linie dient das Ges. v. 13. Dez. 1934 dem Schutz des Schuldners. Dessen Persönlichkeit ist also auch in erster Linie zu beurteilen. Gibt sie, wie im vorl. Fall, keine Veranlassung zur Anwendung des Gesetzes, wird eine Berücksichtigung der Gläubigerinteressen nur in ganz seltenen Fällen die Anwendung des Ges. v. 13. Dez. 1934 rechtfertigen können. Im Zwangsversteigerungsverfahren wird dies in der Regel erst im Zuschlagsverfahren in Betracht kommen können, denn erst dann ist zu übersehen, in welcher Höhe Hypothekengläubiger ausfallen werden. Der hier zu beurteilende Sachverhalt bietet jedenfalls keine Veranlassung, trotz der Schutzunwürdigkeit des Schuldners einzig im Interesse von Hypothekengläubigern das Ges. v. 13. Dez. 1934 anzuwenden.

(LG. Hamburg, 1. ZK., Beschl. v. 24. Okt. 1935, 1 T 670/35.)

*

43. § 100, 83 ZwVerstG.; Ges. z. Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934. Eine Zuschlagsbeschwerde im Verfahren betr. die Zwangsversteigerung von Binnenschiffen kann auf das Ges. v. 13. Dez. 1934 gestützt werden. Die Voraussetzungen des Gesetzes sind strenge zu prüfen unter Berücksichtigung sowohl der Schuldner- als auch der Gläubigerinteressen.

Nachdem der Schuldner sämtliche ihm auf Grund der Schutzgesetzgebung auf dem Gebiete des Zwangsversteigerungsrechts gegebenen Rechtsbehelfe ohne Erfolg ausgenutzt hatte, hat am 21. Aug. 1935 Versteigerungstermin hinsichtlich des dem Schuldner gehörigen Motorkahns stattgefunden. In dem Termin beantragte der Schuldner erneut, das Zwangsversteigerungsverfahren auf Grund des Ges. v. 13. Dez. 1934 einzustellen. Das AG. lehnte diesen Antrag im Versteigerungstermin durch verkündeten Beschluß ab. Der Zwangsversteigerungstermin wurde dann weiter fortgeführt und endete mit der Erteilung des Zuschlages. Sowohl gegen den die Einstellung ablehnenden Beschluß wie auch gegen den Zuschlagsbeschluß sind im Auftrage des Schuldners sofortige Beschw. eingelegt worden. Sie sind jedoch unbegründet.

Eine Beschw. gegen einen Zuschlagsbeschluß kann nach § 100 ZwVerstG. nur darauf gestützt werden, daß eine der Vorschr. der §§ 81, 83—85 verletzt oder daß der Zuschlag unter anderen als den der Versteigerung zugrunde gelegten Bedingungen erteilt ist. Unter den Parteien ist unstreitig, und auch die vom BeschwG. von Amts wegen vorgenommene Prüfung hat ergeben, daß irgendein anderer Grund außer dem Ges. v. 13. Dez. 1934 zu einer Versagung des Zuschlages nicht führen kann. Auf dieses Gesetz kann der Schuldner sich jedoch nach ständiger Rspr. des BeschwG. auch dann noch berufen, wenn der Zuschlag bereits erteilt ist, jedoch noch nicht rechtskräftig wurde. Das BeschwG. vertritt ferner in ständiger Rspr. auch die Auffassung, daß die Vorschr. des Ges. v. 13. Dez. 1934 auch auf das Zwangsversteigerungsverfahren für Grundstücke und Binnenschiffe Anwendung zu finden haben, obwohl für dieses Gebiet bereits weitgehender Vollstreckungsschutz durch andere Gesetze gewährt ist. Das BeschwG. verweist u. a. insofern auf seinen Beschluß v. 29. Juni 1935 in der Sache 1 T 230/35. In Übereinstimmung mit den Ausführungen von Pohle: JW. 1935, 161 ff. ist jedoch das BeschwG. der Überzeugung, daß die Anwendung des Ges. v. 13. Dez. 1934 gerade auf dem Gebiete des Zwangsversteigerungsrechts nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen Platz greifen kann. Das ergibt sich aus dem schon erwähnten weitgehenden sonstigen Schutz des Schuldners im Zwangsversteigerungsrecht. Das BeschwG. stimmt Pohle ferner darin bei, daß es nicht ausreichend ist, wenn die Zwangsversteigerung allein vom Standpunkt des Schuldners aus betrachtet für diesen besonders schwer erträglich ist, sondern sie muß auch gerade vom Standpunkt des Gläubigers aus eine besonders große Unbilligkeit enthalten.

Werden diese Gesichtspunkte als Ausgangspunkte genommen, so hat das BeschwG. keinen Zweifel daran, daß die Voraussetzungen des Ges. v. 13. Dez. 1934 im vorl. Falle nicht gegeben sind. Bereits bei Anwendung des sonstigen Schuldnerschutzes auf dem Gebiete des Zwangsversteigerungsrechts nimmt das BeschwG. in ständiger Rspr. an, daß irgendein Schutz durch einstweilige Einstellungen dann nicht in Frage kommt, wenn das Grundstück oder das Binnenschiff sanierungsunfähig sind. Die Sanierungsfähigkeit ist stets Voraussetzung, da eine einstweilige Einstellung sonst lediglich eine oft erhebliche Schädigung der Interessen der Gläubiger zur Folge hat, während eine wirkliche und wirksame Hilfe für den Schuldner, auf längere Sicht gesehen, nicht eintritt. Dieser Gesichtspunkt der Sanierungsfähigkeit muß nach Überzeugung des BeschwG. zum mindesten in dem gleichen Maße Berücksichtigung finden auch bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des Gesetzes gegeben sind. Jedenfalls vom Standpunkt des Gläubigers aus gesehen, kann in der Durchführung eines Zwangsversteigerungsverfahrens dann niemals eine grobe Unbilligkeit liegen, wenn das Grundstück doch sanierungsunfähig ist, so daß die Möglichkeit ausscheidet, daß der Schuldner sich auf die Dauer sein Grundstück oder Binnenschiff erhält.

Im vorl. Falle hält das BeschwG. jede Möglichkeit einer Sanierung für ausgeschlossen.

(LG. Hamburg, Beschl. v. 30. Sept. 1935, 1 T 614/664/35.)

*

44. § 28 RVO. Für die Einziehung von Ersatzkassenbeiträgen ist der ordentliche Rechtsweg unzulässig.

1. Ob rückständige Arbeitnehmeranteile von dem säumigen Arbeitgeber nur im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden können, kann dahingestellt bleiben. Hier handelt es sich unstreitig um rückständige Arbeitgeberanteile. Nach der klaren Gesetzesbestimmung, die zu Zweifeln keinen Anlaß bieten kann, gilt für derartige Rückstände aber § 28 Abs. 1 RVO. entsprechend (vgl. § 520 Ziff. 3 RVO.). Nach § 28 Abs. 1 RVO. werden derartige Rückstände aber wie Gemeindeabgaben beigetrieben. Die Einziehung solcher Beträge ist in Hamburg durch § 17 Ges. betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege v. 27. April 1897 (GS. 110) geregelt: nach dieser Bestimmung (Ziff. 1) hat die zuständige Behörde dem Gesetz gemäß nicht nur zu bestimmen, von wem und in welchem Maße die Zahlungen zu leisten sind, sie hat auch die Vollstreckung (einschl. des Zuschlages) zu bestimmen. Ziff. 3 des § 17 VerhG. lautet: „Die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen geschieht auf dem Verwaltungswege." Zur Ausführung der im Verwaltungszwangsverfahren vorzunehmenden Vollstreckung ist aber das Gerichtsvollzieheramt zuständig (§ 3 Abs. 1 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen).

Daß das ordentliche Gericht nicht zuständig sein kann, folgt im übrigen auch schon aus dem in § 520 Ziff. 2 angezogenen § 405 Abs. 1 RVO., wonach ein (materieller) Streit über den Anspruch der Ersatzkasse gegen den Arbeitgeber durch das Versicherungsamt entschieden wird.

Wenn demnach ein Streit über den Anspruch selbst — um einen solchen handelt es sich hier nicht — unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte entschieden wird, so muß das um so mehr im vorl. Fall gelten, in welchem es sich lediglich um Einziehung rückständiger Beiträge, deren Höhe nicht einmal bestritten wird, handelt.

2. Folgt man aber dem rechtlichen Standpunkt der Kl., nach welchem sie ein Wahlrecht zwischen ordentlichem Verfahren und Verwaltungszwangsverfahren habe, so muß ihr auch ein Rechtsschutzbedürfnis versagt bleiben: niemand darf die Staatsgewalt unnütz in Anspruch nehmen (Baumbach vor § 253 ZPO., Grundzüge, Ziff. 5 ebd.).

Ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt bereits in den Fällen, in welchen ein einfacherer oder billigerer Weg zur Erreichung desselben Zieles eröffnet ist (Stein-Jonas IV 2c vor § 253 ZPO.). Ein derartiger Weg ist der Kl. also im Verwaltungszwangsverfahren eröffnet. Diesen beschreitet auch die Kl. mitunter, wie ihr Bevollmächtigter erklärte.

Würde man daher der Einrede des Bekl. aus § 274 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. nicht stattgeben, würde der Klage der Erfolg deshalb versagt bleiben müssen, da ein Rechtsschutzbedürfnis nicht anzuerkennen wäre.

(LG. Hamburg, 4. ZK., Urt. v. 7. Okt. 1935, 4 O 123/35.)

*

Leipzig

45. I. § 3 UnlWG.

a) Die Bezeichnung „Import" ist nicht zulässig bei Bezug aus einem Freihafengebiet.

b) Zulässigkeit der Bezeichnung „Kaffeegroßrösterei".

c) Zur Frage, wann Waren mit der Bezeichnung „überragende Qualität" angepriesen werden dürfen.

d) Irreführende Ankündigung einer Beigabe.

II. § 1 Abs. 2d ZugabeVO. v. 9. März 1932. Begriff „Handelsübliches Zubehör". Blechdosen fallen im allgemeinen nicht unter die Ausnahmebestimmung.

Der Kl. ist ein Verband zur Wahrung der gewerblichen Interessen der Einzelhandelsgeschäfte in L. Der Bekl. betreibt ein Ladengeschäft, verbunden mit einer Kaffeerösterei, in dem Kaffee, Tee u. dgl. verkauft wird. Er bezeichnet die von ihm betriebene Kaffeerösterei und sein Geschäft in den Anzeigen und auf Warenbeuteln sowie in der Aufschrift über dem Schaufenster als:

„Kaffee-Großrösterei Import."

Ferner hatte er im Schaufenster des Ladens ein Plakat folgenden Inhalts aufgestellt:

„Import" Kaffee
bedeutet
edelste Hochgewächse,
sorgfältigste Mischung,
modernste hygienische Röstung,
dadurch
100% Qualität,
größte Ergiebigkeit,
wundervolles Aroma
und dabei sooo billig.

Preise für 1/4 Pfd. 45, 50, 60, 75 mit Dose 80, 85.

Zum Rösten des Kaffees bedient sich der Bekl. einer Röstmaschine mit 20—22 Kilo Fassungsvermögen, die im Laden aufgestellt ist und von Angestellten betrieben wird.

Seit der Geschäftseröffnung hat der Bekl. beim Kaufe von 1/2 Pfund Kaffee zu 1,50 RM (und auf Verlangen des Kunden auch schon beim Einkauf von 1/4 Pfund zu 0,75 RM) der von ihm so genannten „Eröffnungsmischung" eine bemalte, mit Bildern verzierte Blechdose mit abgegeben. — In der Anzeige v. 2. Juli 1934 heißt es, daß die Kaffeegroßrösterei Import zu denkbar niedrigsten Preisen in überragender Qualität Waren biete.

Der Kl. beanstandet das Verhalten des Bekl. als wettbewerblich unzulässig insofern, als er über seine geschäftlichen Verhältnisse irreführende Angaben mache, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckten, und indem er unzulässigerweise im geschäftlichen Verkehr Zugaben zu seinen Waren anbiete und gewähre.

Ia. „Import" ist, wie allgemein bekannt, die Einfuhr von Waren, und jedermann weiß, daß Waren, wie Kaffee, Tee u. dgl., die der Bekl. in seinem Geschäft verkauft, im Auslande erzeugt und von dort bezogen, also eingeführt werden müssen. Das große Publikum wird daher, wenn es sich über die Bezeichnung „Import" überhaupt Gedanken macht, die in großen Leuchtbuchstaben über dem Laden des Bekl. steht, annehmen, daß der Bekl. seinen Kaffee und Tee selbst einführt. Diese Annahme findet eine gewisse Unterstützung durch die Art, wie der Bekl. seine Waren angepriesen hat. Wenn er in seinen Eröffnungsanzeigen erklärt, daß er „Besonderes" biete, daß sein „Import"-Kaffee in allen Preislagen eine Spitzenleistung darstellt, und daß günstige Einkaufsquellen es ihm ermöglichen, die Verkaufspreise so niedrig zu halten und wenn er dann außerdem von „Import" spricht, so muß allerdings ein großer Teil der Käufer annehmen, daß er selbst Kaffee und Tee aus Übersee importiert.

Diese Angabe, so, wie sie vom großen Publikum aufgefaßt werden muß und wird, ist unrichtig. Denn der Bekl. bezieht zur Zeit den Kaffee nicht aus dem Auslande, sondern er übernimmt ihn unverzollt mit Begleitschein 1 aus dem Hamburger oder einem anderen Freihafen. Das ist aber im landläufigen Sinne und nach dem allgemeinen Sprachgebrauche kein „Import". Wenn auch der „Freihafen" rechtlich in gewisser Beziehung nicht als Inland gilt, so ist er doch darum auch nicht Ausland. Niemand wird daher auf den Gedanken verfallen, daß eine Übernahme von Waren aus dem Freihafen in das Binnenland eine Wareneinfuhr aus dem Auslande ist. Ob das i. S. der Steuergesetze so anzusehen ist, spielt für den Sprachgebrauch des Wortes „Import" naturgemäß keine Rolle, und ebensowenig ist maßgebend, ob der Hamburger Spediteur des Bekl. bei dieser Gelegenheit von „Import" spricht.

Unbeachtlich ist ferner, ob der Bekl. in Zukunft einmal importieren will. Hierzu muß ganz allgemein gesagt werden, daß es unzulässig ist, wenn über geschäftliche Verhältnisse Angaben gemacht werden, die gegenwärtig unzutreffend sind und vielleicht später einmal den Tatsachen entsprechen werden. Ein solches Vorgehen im geschäftlichen Verkehre würde völlig der ebenfalls unzulässigen und rechtswidrigen Beilegung einer Amtsbezeichnung entsprechen, die man später einmal zu erwerben hofft. Es würde den vom Werberat der Deutschen Wirtschaft für die Wirtschaftswerbung aufgestellten Grundsätzen, daß die Reklame wahr und klar sein muß, aufs schärfste widersprechen und jeder beabsichtigten Täuschung im geschäftlichen Verkehre Vorschub leisten, wenn man die Vorwegnahme einer künftig erhofften Entwicklung geschäftlicher Verhältnisse bei der Werbung zulassen wollte.

Schließlich kann sich der Bekl. auch darauf nicht berufen, daß in anderen Branchen angeblich die Angabe „Import" als Geschäftsbezeichnung sich als eine Art Phantasiewort eingebürgert habe. Wäre das der Fall, dann läge darin kein Handelsbrauch, der Anerkennung verdient, sondern ein Mißbrauch, der untersagt werden muß. Und wenn sich die Zigarrenhandlungen hier und da die Bezeichnung „Import" beilegen, so ist das offensichtlich bloß so zu verstehen, daß sie „Importen" führen, also Zigarren, die fertig aus den ausländischen Produktionsgebieten eingeführt werden.

Das große Publikum erwartet von dem, der selbst überseeische Waren einführt und im Inlande vertreibt, in aller Regel eine besonders günstige Preisstellung, weil es annimmt, daß bei ihm der die Preise verteuernde Zwischenhandel ausgeschaltet ist. Insofern liegt bei der sachlich unbegründeten Angabe des „Importes" auch der Anschein eines besonders günstigen Angebots vor. Der Bekl. verstößt daher mit dieser Bezeichnung gegen § 3 UnlWG., weshalb ihm die Bezeichnung „Import" im geschäftlichen Verkehr verboten werden muß.

b) Die Grenzen zwischen einer Kaffeerösterei und einer Kaffeegroßrösterei sind allerdings nach Äußerungen aus Fachkreisen nicht völlig scharf zu ziehen. Trotzdem ergeben sie doch, daß im vorl. Falle die Bezeichnung Kaffegroßrösterei für den derzeitigen Betrieb des Bekl. nicht am Platze ist. Der Bekl. besitzt eine Kaffeeröstmaschine mit 22 Kilo Fassungs- und etwa 15 Zentner täglichem Leistungsvermögen bei völliger Ausnutzung. Weitere maschinelle Anlagen der Einrichtungen, wie Reinigungs- und Sortiermaschinen, Verlesetische, Entsteinungsmaschinen, Mischsiebe, Mühlen, Entlüftungs- und Kühlanlagen usw. hat der Bekl. offenbar nicht. Aus der Aussage seines Angestellten Z., die sehr zurückhaltend ist, geht hervor, daß die Kaffeeröstmaschine nicht etwa regelmäßig 8 Stunden im Betrieb ist, sondern mitunter auch bloß 4 Stunden. Irgendwelche Angaben darüber, welche Mengen Kaffee der Bekl. im Durchschnitt täglich röstet, hat der Zeuge nicht gemacht. Er hat überhaupt erklärt, daß er positive Angaben in dieser Beziehung nicht machen wolle. Seine Behauptung, daß der Bekl. im Jahre mindestens 500 Zentner rösten werde, beruht auf einer bloßen unüberprüfbaren Schätzung, zumal, da das erste Geschäftsjahr überhaupt noch nicht abgelaufen ist. Unter diesen Umständen kann bei Berücksichtigung der für den hiesigen Platz maßgeblichen Verhältnisse der Betrieb des Bekl. nicht als Großrösterei angesehen werden. Die Industrie- und Handelskammer Leipzig stellt in ihrem Gutachten als erste Vorbedingung für die Annahme eines Betriebes als Großrösterei auf, daß es sich um eine fabrikähnliche Anlage handeln müsse, wovon bei dem Betrieb des Angekl. offensichtlich nicht die Rede sein kann. Die Mitteilung in der Nr. 31 der Kolonialwaren- und Feinkostzeitung beruht auf einer Umfrage der Industrie- und Handelskammer für die Niederlausitz in Cottbus, und stellt fest, daß in den Großstädten Berlin, Hamburg und andern schärfere Anforderungen für die Bezeichnung Großrösterei gestellt werden als in der Provinz. Daß eine Stadt wie L. mit nahezu 3/4 Millionen Einwohnern i. S. dieser Mitteilung zu den Großstädten gerechnet werden muß, und nicht zur Provinz, liegt auf der Hand. Denn bei den im Bereiche der Handelskammer Cottbus liegenden Provinzstädten handelt es sich wohl ausnahmslos um kleine und mittlere Städte unter 100 000 Einwohner. Für Großstädte wird nach der Mitteilung das Rösten von 2000—3000 Sack Kaffee und das Vorhandensein von mindestens 2 Röstanlagen zu 30 Kilo gefordert. Im übrigen wird noch verlangt, daß Betriebe, die sich als Großrösterei bezeichnen, ihre Ware

an Wiederverkäufer absetzen, zum mindesten aber neben diesem Verkaufe in der Hauptsache an Großverbraucher vertreiben. Auch das trifft aber beim Bekl. nach seinen hier sehr zurückhaltenden Angaben offenbar nicht zu. Der Bekl. hat keine Ausführungen darüber gemacht, in welchem Umfange sein Absatz in Röstkaffee im Großhandel erfolgt, im Verhältnis zu dem im Kleinverkauf. Da das Geschäft nach seiner äußeren Aufmachung aber ein Ladengeschäft ist, muß nach dem äußeren Anschein davon ausgegangen werden, daß der Kleinverkauf im Laden die Hauptabsatzquelle darstellt. Nach alledem ist die Bezeichnung „Großrösterei" für den Betrieb des Bekl. zur Zeit nicht begründet. Daß eine etwaige künftige geschäftliche Entwicklung zur Großrösterei die Führung der Bezeichnung jetzt nicht rechtfertigt, ist in anderm Zusammenhang schon unter a näher dargelegt. Auch die unberechtigte Bezeichnung als „Großbetrieb" erweckt den Anschein eines besonders günstigen Angebots. Denn regelmäßig verbindet das Publikum damit die Erwartung der wirtschaftlichen Vorteile, die eben der Großbetrieb mit sich bringt, die ohne diese Voraussetzung nicht vorliegen. Der Bekl. verstößt daher auch insofern mit seiner Angabe gegen § 3 UnlWG.

Es mag sein, daß sich auch andere verwandte Unternehmen in L. nach den vorstehenden Ausführungen zu Unrecht die Bezeichnung Kaffeegroßrösterei beilegen. Sollte dies der Fall sein, so wäre es Sache der Industrie- und Handelskammer oder des Kl., gegebenenfalls auch des Bekl. als Konkurrenten, das zu unterbinden. Keinesfalls kann dieser Umstand aber das Verhalten des Bekl. rechtfertigen. Denn niemand kann zur Rechtfertigung eigenen wettbewerblich unzulässigen Verhaltens auf gleiche oder ähnliche Verstöße der Konkurrenz sich berufen.

c) Irreführend und daher unbefugt ist ferner die ganz allgemein aufgestellte Behauptung des Bekl., daß die in seinem Geschäfte verkauften Kaffeesorten von überragender Qualität seien. Der Bekl. hat selber zunächst diese Behauptung als „Marktschreierische Reklame" bezeichnet. Er verkennt aber anscheinend, daß diese Art der Reklame nach den heute maßgeblichen Grundsätzen, wie sie der Werberat der Deutschen Wirtschaft für die Wirtschaftswerbung herausgegeben hat, unstatthaft ist. Später hat der Bekl. allerdings noch behauptet, daß seine Angabe auch den Tatsachen entspreche, weil er mit seinen Preisen unter den üblichen Preisen der anderen Geschäfte liege. Den Beweis hierfür muß der Bekl. mit Rücksicht auf sein widersprechendes Vorbringen führen. Es kommt aber darauf auch nicht an. Denn die Behauptung, daß seine Waren schlechthin von „überragender Qualität" seien, kann nicht dadurch gestützt werden, daß er die eine oder andere Sorte Kaffee billiger verkauft als die Konkurrenz. Damit ist noch längst nicht bewiesen, daß seine Ware sich so weit über den Durchschnitt von Sorten gleicher oder ähnlicher Beschaffenheit erhebt, daß sie als „überragende Qualität" bezeichnet werden dürfe. Denn diese Behauptung hat mit der Preiswürdigkeit der Ware allein nichts zu tun. Darum ist dem Bekl. auch diese Behauptung, die in ihrer Allgemeinheit unbewiesen und unrichtig ist, ebenfalls zu untersagen.

d) Die Dosenbeigabe beim Einkauf von 1/4 Pfund Kaffee wird auf dem überreichten Plakat in einer Weise angekündigt, die geeignet ist, irre zu führen. Bei flüchtiger Betrachtung des Plakats kann man nicht erkennen, daß die Unterstreichung der Zahl „75" und der Worte „mit Dose" bedeuten soll, daß gerade nur bei dieser Kaffeesorte die Dose beigegeben wird. Daß man bei näherer Prüfung darauf kommen kann, ist nicht entscheidend. Denn es ist eine bekannte Tatsache, daß geschäftliche Anzeigen aller Art besonders vom großen Publikum nicht studiert, sondern nur flüchtig gelesen werden. Wenn sich bei solcher Reklame, wie hier, Irrtümer ergeben können, so sind die in dieser Art gemachten Angaben unrichtig und irreführend. Sie widersprechen auch dem schon erwähnten Grundsatze der Wahrheit und Klarheit der Reklame, wie er vom Werberat der Deutschen Wirtschaft aufgestellt worden ist. Es ist deshalb, wie in dem Antrage auch zum Ausdruck kommt, vom Bekl. zu fordern, daß er die Beschränkung der Dosenzulage — soweit letztere überhaupt zulässig ist — auf die Kaffeesorte zum Preise von 0,75 *RM* für das Viertelpfund klar erkenntlich macht. Das ist aber bei der vorl. Art seiner Anzeige eben nicht der Fall. Denn man kann aus ihr beim flüchtigen Beschauen auch herauslesen, daß die Dosenbeigabe ganz allgemein erfolgt.

Beide Angaben (sowohl die unter c als unter d) sind wiederum geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken, das den Tatsachen nicht entspricht. Mithin liegt auch in diesen beiden Fällen ein Verstoß gegen § 3 UnlWG. vor, der die gestellten Anträge rechtfertigt.

II. Nach § 1 Abs. 2 d der ZugabenVO. v. 9. März 1932 ist als Ausnahme von dem grundsätzlichen Zugabenverbot (§ 1 S. 1 VO.) die Gewährung von Zugaben nachgelassen, wenn diese nur in handelsüblichem Zubehör zur Ware besteht. Die amtlichen Erläuterungen zu der VO. im Reichsanzeiger v. 12. März 1932 Nr. 61 erklärt hierzu: „Wenn unter d handelsübliches Zubehör zur Ware und handelsübliche Nebenleistungen gestattet werden, so wird dadurch einer bestehenden unbedenklichen Gepflogenheit im geschäftlichen Verkehr Rechnung getragen. Eine dem üblichen entsprechende Verpackung der Ware, eine Nebenleistung für die unentgeltliche Zusendung der Ware u. dgl. sind nicht zu beanstanden ..."

Nach dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer sind Blechdosen als handelsübliches Zubehör im allgemeinen nicht anzusehen. Ihre Zugabe ist nur zu den hohen Feiertagen, namentlich Weihnachten, und anderen besonderen Gelegenheiten, wie zur Geschäftseröffnung und zum Geschäftsjubiläum für Festpackungen für einen beschränkten Zeitraum gebräuchlich. Außerhalb dieser besonderen Gelegenheit dürfen sie, insbes. auf Verlangen für Geschenkpackungen, nur käuflich abgegeben werden.

Daraus ergibt sich also, daß nur unter besonderen Voraussetzungen und für gewisse Zeiten die Zugabe von Blechdosen beim Einkauf von Kaffee üblich und daher zulässig ist. An diese Einschränkungen hat sich der Bekl., wie die Vernehmung seines Angestellten Z. ergeben hat, nicht gehalten. Denn er hat auch noch längere Zeit nach der Geschäftseröffnung in Ausnahmefällen allerdings diese Dosen zugegeben. Das ist unstatthaft, vor allem wenn man berücksichtigt, daß die Gewährung von Zugaben eben nur eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot darstellt und als solche eingeschränkt ausgelegt werden muß. Eine Überschreitung der Grenzen, die für die ausnahmsweise Zulassung von Zugaben gezogen sind, ist daher unter keinen Umständen zu rechtfertigen. Geschieht es, so verstößt der Betreffende damit eben gegen das grundsätzlich aufgestellte Zugabenverbot.

(LG. Leipzig, Urt. v. 8. Mai 1935, 3 Cg 47/34.)

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

**** 46.** Tarifverträge haben von jeher häufig und namentlich im Baugewerbe Auslösungsvorschriften für auswärtige Arbeiter enthalten. Diese Vorschriften sind in der Rechtsprechung stets dahin ausgelegt worden, daß die Auslösung nur den von ihrem ständigen Beschäftigungsort nach auswärts verschickten Arbeitern zugebilligt werden, dagegen denen versagt bleiben sollte, die wenn auch am Sitz des Unternehmens, so doch von vornherein nur für die auswärtigen Arbeiten eingestellt worden sind.

Die für den Lohnanspruch des Kl. maßgebenden Bestimmungen des auf Grund des Reichstarifvertrags für das Baugewerbe v. 3. März 1933 abgeschlossenen, für allgemeinverbindlich erklärten und auf Grund der Anordnung des RArbM. v. 28. März 1934 (RArbBl. I, 85) als Tarifordnung in Geltung gebliebenen Bezirkstarifvertrags für Hoch-, Beton- und Tiefbauarbeiten in der Provinz Pommern sind folgende:

§ 211 Abs. 6 und 7

Maßgebend für die Lohnhöhe ist der Ort der Baustelle.

Werden aber Arbeiter von einem Baugeschäft, dessen Sitz in einem höheren Lohngebiet als die Baustelle liegt, entsandt, so erhalten sie den höheren Lohn.

Der Kl. beansprucht den für Löcknitz maßgebenden höheren Lohn, weil er der Meinung ist, er sei im Sinn der angeführten Tarifbestimmung vom Bekl. von Löcknitz nach der Baustelle in Kleinow entsandt worden.

Nach Abs. 6 der Tarifbestimmung ist grundsätzlich der Ort der Baustelle — im vorl. Falle würde das Kleinow sein — maßgebend. Der für Löcknitz geltende und vom Kl. in Anspruch genommene höhere Lohnsatz ist nur dann zu zahlen, wenn der Bekl. den Kl. von Löcknitz als dem Sitz des Baugeschäftes aus zur Baustelle entsandt hat. Gleich oder ähnlich lautende Bestimmungen, die insbes. die dem Bauarbeiter unter Umständen zu zahlende sog. Auslösung betreffen, finden sich seit Jahren in den Bezirkstarifen und sind vielfach Gegenstand der Rspr. des RArbG. gewesen. Dieses hat in zahlreichen Entsch. zum Ausdruck gebracht, daß von einem „Entsenden" oder einem „Verschicken" des Bauarbeiters zu einer Baustelle nur dann die Rede sein kann, wenn er auf Weisung des Unternehmers seine Arbeit an einer Baustelle zu verrichten hat, die außerhalb desjenigen Arbeitsplatzes liegt, für den er eingestellt worden ist und an dem er an sich seine Arbeit zu leisten hat. Der einer besonderen Regelung zugrunde liegende Gedanke ist der, daß ein Arbeiter dadurch, daß er vorübergehend an einer anderen Stelle, für die ein niedrigerer Tariflohnsatz gilt, beschäftigt wird, nicht benachteiligt werden soll. Es soll dem an eine andere Baustelle entsandten Arbeiter der höhere Lohnsatz seines gewöhnlichen Arbeitsplatzes erhalten bleiben, und ebenso soll durch die im Baugewerbe übliche sog. Auslösung dem nach einer auswärtigen Arbeitsstelle entsandten Bau-

arbeiter ein Ausgleich für die Mehrkosten gewährt werden, die ihm dadurch entstehen, daß er nicht an demjenigen Arbeitsplatze arbeiten kann, für den er angenommen worden ist. In ständiger Rspr. hat das RArbG., diesen Grundgedanken und der allgemeinen Verkehrsauffassung folgend, tarifliche Vorschriften solchen Inhalts dahin ausgelegt, daß sie nur auf diejenigen Arbeiter Anwendung finden, die von ihrem regelmäßigen Beschäftigungsort an eine auswärtige Arbeitsstelle verschickt werden, nicht aber auf solche Arbeiter, die, wenn auch am Sitze des Baugeschäfts, so doch von vornherein nur für die Arbeiten an einer auswärtigen Arbeitsstelle angenommen oder eingestellt worden sind (vgl. Urt. v. 19. Jan. 1929, RAG 321/28: ArbRspr. 1929, 160; RArbG. 4, 210 und 7, 293; ArbRSamml. 6, 547; 8, 350; 9, 290; 11, 448; 18, 101; 23, 232; Urt. v. 6. Juli 1935, RAG 53/35). Es beruht auf einer mißverständlichen Auffassung, wenn das ArbG. geglaubt hat, dem Urt. v. 20. Mai 1933, RAG 71/33 (ArbRSamml. 18, 283) eine von der bisherigen Rspr. abweichende Stellungnahme entnehmen zu können; die Gründe dieses Urt. enthalten in ihrer Stellungnahme zu den Ausführungen des damals angefochtenen Urt. nichts, was zu dieser Auffassung Anlaß geben könnte. Die im Urt. des LArbG. in Bezug genommene Entsch. v. 7. Febr. 1931, RAG 363/30 (ArbRSamml. 11, 288) rechtfertigt die Annahme einer abweichenden Rspr. um so weniger, als dort ausdrücklich darauf hingewiesen war, daß die damals auszulegende Tarifbestimmung einen von den bis dahin in der Rspr. in Betracht gekommenen Tarifbestimmungen wesentlich abweichenden Inhalt hatte. Allerdings bedarf, wie gerade die eben angeführte Entsch. zeigt, jede einzelne Tarifbestimmung ihrer besonderen Auslegung. Indessen ist nicht ersichtlich, daß mit der hier auszulegenden Tarifbestimmung eine von der allgemeinen Verkehrsauffassung, wie sie der stetigen Rspr. zugrunde gelegt ist, abweichende Regelung beabsichtigt worden ist. Es kann nicht anerkannt werden, daß es dem natürlichen Sprachgebrauche entspricht, von einem „Entsenden" auch dann zu sprechen, wenn der Bauarbeiter von vornherein lediglich zur Arbeit an einer von dem Sitze des Baugeschäftes räumlich entfernt gelegenen Baustelle angenommen wird. Es fehlt in einem solchen Falle an dem Arbeitsplatze des Arbeiters am Sitze des Baugeschäftes, der für die Annahme eines „Entsendens" an eine andere Baustelle die notwendige Voraussetzung ist. Es geben vielmehr im vorl. Falle weder der Wortlaut der Tarifbestimmung noch irgendwelche sonstigen Umstände Anlaß, dieser eine andere Auslegung zu geben, als der allgemeinen Verkehrsauffassung und der ständigen Rspr. entspricht. Demnach steht nach der hier maßgebenden Tarifbestimmung dem an einer Baustelle in Kleinow tätig gewesenen Kl. der am Sitze des Baugeschäftes geltende höhere Tariflohn nicht zu, weil er nicht, wie es die Tarifbestimmung erfordert, von Löcknitz zur Baustelle Kleinow entsandt, sondern bei seiner im Baugeschäft des Bekl. erfolgten Annahme von vornherein für die Baustelle in Kleinow eingestellt worden ist.

(RArbG., Urt. v. 20. Juli 1935, RAG 109/35. — Stettin.)

*

**47. §§ 2, 10, 11, 14, 36 ArbOG. Der Kündigungsschutz der Vertrauensratsmitglieder beginnt erst mit der Ablegung des feierlichen Gelöbnisses am Tage der nationalen Arbeit, nicht schon mit der Berufung zum Vertrauensmann. Doch kann eine Kündigung gegenüber dem Vertrauensmann, die vor dem Tage der nationalen Arbeit erfolgt, sittenwidrig und nichtig sein, wenn sie nur bezweckt, den berufenen Vertrauensmann an der Ausübung des Amtes zu hindern. Verzögert der Betriebsführer die Ablegung des Gelöbnisses, so kann hierin eine Verletzung der Treupflicht gegenüber der Gefolgschaft und den durch die Abstimmung zu Vertrauensmännern berufenen Gefolgschaftsmitgliedern, sowie auch eine Verletzung der sozialen Ehre der berufenen Vertrauensmänner liegen.†)

(RArbG., Urt. v. 20. Febr. 1935, RAG 248/34. — Hamburg.)

Abgedr. JW. 1935, 1804[40].

Anmerkung: Das RArbG. hat sich mit dieser Entsch. mit Recht der Auffassung angeschlossen, die sich für den Beginn des Kündigungsschutzes des Vertrauensmannes mit der Ablegung des feierlichen Gelöbnisses ausspricht. Für diese Ansicht spricht einmal der Wortlaut, zum andern aber auch der Zusammenhang der in Frage kommenden, vom RArbG. zitierten Best. des ArbOG. Denn wenn das Amt des Vertrauensrats erst nach der feierlichen Verpflichtung beginnt (§ 11 ArbOG.), so kann auch das einzelne Gefolgschaftsmitglied, über dessen Eignung zum Vertrauensmann sich Betriebsführer und Gefolgschaft einig sind, nicht eher als Mitglied des Vertrauensrates angesehen werden, als bis der Vertrauensrat sein Amt begonnen hat und damit in rechtlich beachtlicher Weise in Erscheinung getreten ist. Dieser Amtsbeginn ist nicht auf ein Tätigwerden des Vertrauensrates als Ganzes z. B. in der Form von Sitzungen, sondern lediglich auf die feierliche Verpflichtung abgestellt. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß sämtliche Mitglieder des Vertrauensrates erst feierlich verpflichtet sein müssen, ehe von einem Vertrauensrat i. S. des Gesetzes gesprochen werden kann. Es muß bereits als ausreichend angesehen werden, wenn so viele Mitglieder verpflichtet sind, daß überhaupt von einem Vertrauensrate nach dem Sprachgebrauch gesprochen werden kann (so mit Recht Dersch: Deutsches Arbeitsrecht 1935, 121); denn irgendeine Mindestzahl von vereidigten Vertrauensmännern ist ja für das wirksame Tätigwerden des Vertrauensrates nicht vorgeschrieben und im übrigen auch nach der Stellung, die der Vertrauensrat im Betriebe einnimmt — als ein beratendes Betriebsorgan — gar nicht erforderlich. Besteht danach — unabhängig davon, ob bereits sämtliche Vertrauensmänner bereits feierlich verpflichtet sind oder bisher nur etwa ein Vertrauensmann verpflichtet ist — ein Vertrauensrat, so beginnt das Amt des Vertrauensrates als beratendes Betriebsorgan nach der Verpflichtung. Damit ist aber nicht gleichzeitig auch der Beginn des Kündigungsschutzes für alle dem Vertrauensrat noch späterhin angehörenden Vertrauensmänner festgelegt. Nur die Vertrauensmänner, die das vorgeschriebene feierliche Gelöbnis abgelegt haben, genießen den Kündigungsschutz; die Aufstellung der Vertrauensmännerliste ist ebenso wie die Bekanntmachung des Abstimmungsergebnisses über die aufgestellte Liste für die Frage des Beginns des Kündigungsschutzes des als Vertrauensmann aufgestellten Gefolgschaftsmitgliedes bedeutungslos. Die feierliche Verpflichtung hat erst die rechteerzeugende Wirkung, die insbes. den Vertrauensmann-Kündigungsschutz auslöst (so auch Mansfeld-Pohl, ArbOG., § 9 Anm. 3d und § 14 Anm. 3baa; Hueck-Nipperdey-Dietz, ArbOG., § 14 Anm. 21 II 1 b; Schmeling-Thiel, ArbOG. öff. Verw., § 12 Anm. 4; Molitor in „Kündigung", S. 181 Anm. 8; Franke im „Vertrauensrat im Betriebe", 2. Aufl., S. 55 u. 57). Dasselbe muß für den Stellvertreter eines Vertrauensmannes gelten; auch dieser Stellvertreter muß zunächst feierlich verpflichtet werden, bevor er an Stelle eines ausgeschiedenen oder verhinderten Vertrauensmannes dessen Amt rechtswirksam wahrnehmen kann und Anrecht auf den Vertrauensmann-Kündigungsschutz genießt.

Mit Recht zieht das RArbG. aus dieser Feststellung über den Beginn des Amtes des Vertrauensrates und des einzelnen Vertrauensmannes sowie des Kündigungsschutzes des Vertrauensmannes den Schluß, daß der Führer des Betriebes die Pflicht auferlegt erhalten habe, diejenigen Gefolgschaftsmitglieder, denen die Gefolgschaft ihre Zustimmung zur Vertrauensmannberufung erteilt oder die der Treuhänder der Arbeit zu Vertrauensmännern berufen hat, am gesetzlich festgelegten Termin ihr Amt — durch Abnahme des feierlichen Gelöbnisses — antreten läßt. Die Nichterfüllung dieser Pflicht stellt eine doppelte Pflichtverletzung dar: einmal eine Verletzung der dem Führer des Betriebes gegenüber der Gefolgschaft obliegenden Treupflicht und zum anderen eine Verletzung der sozialen Ehre des durch Abstimmung durch die Gefolgschaft oder Ernennung durch den Treuhänder der Arbeit berufenen Vertrauensmannes. Den Ausführungen des RArbG. zur Begr. seiner Ansicht von der doppelten Pflichtverletzung in einem derart gelagerten Falle kann nur beigepflichtet werden; sie stellen gleichzeitig einen wertvollen Beitrag zur Frage der Verletzung der sozialen Ehre dar.

Diese RArbGEntsch. befaßt sich schließlich noch mit einer weiteren, für unser Sozialleben sehr wichtigen Frage: nämlich der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit von Kündigungen. Das RArbG. kommt nämlich in dem zur Entsch. stehenden Fall mit Recht zu dem Ergebnis, daß das Fehlen einer besonderen Kündigungsschutzbestimmung für den Amtsbewerber als Vertrauensmann diesen nicht etwa schutzlos mache, sondern ihm trotzdem der allgemeine Schutz gegen sittenwidrige Kündigung gesichert sei. Damit schreitet das RArbG. den Weg fort, den es schon in seinen Entsch. v. 24. April 1929, 18. Okt. 1930, 16. Mai 1931 und 2. Nov. 1932, abgedr. in BensheSamml. 6, 96; 11, 75; 12, 172 und 16, 297, begonnen hatte: indem es feststellt, daß auch Kündigungen mit Rücksicht auf ihren Beweggrund und ihren Zweck sittenwidrig und damit nichtig sein können, und dadurch zu erkennen gibt, daß es die in jüngster Zeit erst wieder von Krause: JW. 1935, 1314 vertretene Ansicht von der abstrakten Rechtsgeschäftsnatur der Kündigung, die die Willenserklärung „Kündigung" unabhängig vom Beweggrund und Zweck beurteilt, nicht teilt. Kann daher der Beweggrund und Zweck einer Kündigung für die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung sehr wohl von Bedeutung sein, so fragt sich dann nur, wann im Einzelfalle ein Verstoß gegen die guten Sitten in dem Ausspruch einer Kündigung vorliegt, der die Kündigung zu einer rechtlich nichtigen Handlung macht.

Geht man davon aus, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten dann als vorliegend angesehen werden kann, wenn entweder das Ziel oder das Mittel dem Anstandsgefühl aller in den

Kreisen des Arbeitslebens gerecht und billig Denkenden widerstrebt, oder wenn, wie das RArbG. in RArbG. 3, 140 und 4, 19 ausgeführt hat, das Verhalten des Schädigers von den anständig und gesund denkenden Teilen derjenigen sozialen Teile, denen er angehört, als unbillig, anstößig und unzulässig empfunden wird. Wenngleich auch zugegeben werden muß, daß die Begriffe der Anständigkeit, des Anstößigen und des Unzulässigen nichts Feststehendes sind, sondern dem Wandel der ethischen Auffassungen unterliegen, so läßt sich jedoch nicht leugnen, daß unter Berücksichtigung der der heutigen Sozialverfassung zugrunde liegenden sittlichen Anschauungen gewisse Beurteilungsmaßstäbe für die Entsch. der Frage des Sittenwidrigen vorhanden sind. Abgestellt auf die Frage der Sittenwidrigkeit einer Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wird sich kaum bezweifeln lassen, daß eine willkürliche oder aus offensichtlich unsachlichen Gründen erfolgte Kündigung von dem anständig und gesund denkenden Teile der Führer des Betriebes als unbillig, anstößig und unzulässig angesehen und daher in der Regel gegen die guten Sitten verstoßen wird (so auch Mansfeld in der Besprechung des Ges. v. 30. Nov. 1934: DArbR. 1934, 332). Ist nun eine solche Kündigung, die im Widerspruch zu der neuen Sozialordnung steht, eine Verletzung der Sorgepflicht des Führers des Betriebes und einen Verstoß gegen die Pflichten darstellt, die das Gesetz und die billig und gerecht denkenden Kreise der Führer der Betriebe von dem einzelnen Führer des Betriebes fordern, auch nichtig oder nur mit dem die Nichtigkeitswirkung nicht bedingenden Makel der Sozialwidrigkeit behaftet, wie es Krause in seinem Aufsatz „Der Kündigungsschutz und die sittenwidrige Kündigung eines Arbeitsvertrages": JW. 1935, 1314 annimmt? Das RArbG. beantwortet die Frage in dem Sinne der Nichtigkeitswirkung; es bezeichnet das Verhalten des Inhabers der beklagten Firma deswegen als wider die guten Stiten verstoßend, weil es gegen die dem ArbOG. zugrunde liegende sittliche Anschauung verstößt, und erklärt dann weiter diese Handlung (Kündigung) deswegen auch für nichtig. Ich halte diese Auffassung, die ich im „Deutschen" vom 23. Dez. 1934 des näheren begründet habe und die auch den bekannten drei Urt. des ArbG. Berlin v. 9. und 16. Nov. 1935: ArbRspr. 35, 13 und 17 zur Frage der Sittenwidrigkeit von Kündigungen zugrunde liegt, für grundsätzlich richtig; denn ich kann nicht einsehen, aus welchem Grunde man gerade bei der Kündigung dem Beweggrund und dem Zweck keine Bedeutung beimessen (so Krause a. a. O. 1315), vielmehr den Gekündigten damit abspeisen will, daß die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung zwar eine starke Sozialwidrigkeit darstelle, die aufs äußerste zu mißbilligen sei, daß diese Sozialwidrigkeit jedoch den Unternehmer nicht daran hindern könne, von dem ihm zustehenden freien Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Solch eine Begr. wird kein verantwortungsbewußter Führer eines Betriebes, auch kein Gefolgsmann verstehen; vor allem aber wird es dem Gekündigten nicht einleuchten, zu hören, daß der ihm durch die Kündigung erwachsene Schaden durch die Kündigungswiderrufsklage, die übrigens in Kleinbetrieben gar nicht erhoben werden kann, im wesentlichen wieder ausgeglichen würde (so Krause a. a. O.). Zu einer derartigen Folgerung — daß nämlich sittenwidrige Kündigungen rechtswirksam, wenn auch sozialrechtlich zu beanstanden sind — gibt übrigens auch das Gesetz zur Erweiterung des Kündigungsschutzes v. 30. Nov. 1934 (RGBl. I, 1193) keinen Anlaß, da es keineswegs, wie Krause a. a. O. annimmt, bezweckt, die Rechtswirksamkeit einer Kündigung losgelöst von ihrem Zweck und Beweggrunde zu betrachten und damit einer an sich sittenwidrigen Kündigung den Schutz der Rechtsordnung zu verleihen. Dieses neue Gesetz will lediglich die Folgen eines in einer Kündigung möglicherweise liegenden Verstoßes gegen die guten Sitten in den Fällen einschränken, in denen das Interesse der Betriebsgemeinschaft trotz des Verstoßes gegen die guten Sitten die Auflösung der bisherigen vertraglichen Beziehungen der Parteien unter Auferlegung einer u. U. ein Jahresgehalt ausmachenden Entschädigungspflicht auf den Unternehmer als betriebsfördernder und damit für die Betriebsgemeinschaft zweckmäßiger ansieht als die Weiteraufrechterhaltung der vertraglichen Beziehungen (so mit Recht Mansfeld: ArbRSamml. 23, 83). In allen anderen Fällen sittenwidrigen Verhaltens durch Ausspruch einer Kündigung, in denen das Interesse der Betriebsgemeinschaft die Fortsetzung des Arbeitsvertrages mit dem in sittenwidriger Weise Gekündigten verlangt, in denen also diese Fortsetzung keinen von der Rechtsordnung anzuerkennenden Nachteil für die Gemeinschaft bringen wird, muß das sittenwidrige Verhalten des Führers des Betriebes zur Nichtigkeit der Kündigungsmaßnahme führen (so Mansfeld a. a. O.). Wenngleich auch nicht zu leugnen ist, daß diese Trennung in den Folgen einer sittenwidrigen Kündigungsmaßnahme nicht gerade als etwas sehr Erfreuliches und ganz eindeutige Rechtsfolgen Schaffendes anzusehen ist, so verdient doch diese Grenzziehung zwischen dem für die Gemeinschaft unerträglich und dem erträglich sittenwidrigen Kündigungsverhalten im Rahmen der Sittenwidrigkeit als solcher den Vorzug gegenüber der absoluten Ablehnung der Möglichkeit, eine an sich sittenwidrige Kündigung für nichtig anzusehen.

Würde man im übrigen mit Krause (a. a. O.) der offensichtlich willkürlichen und aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe vom Unternehmer ausgesprochenen Kündigung volle rechtliche Wirksamkeit beimessen, weil eine solche Kündigung auch mit der Kündigungswiderrufsklage angegriffen werden kann, so bestände die merkwürdig anmutende Tatsache, daß eine solche Kündigung, in einem nicht in der Regel zehn Beschäftigte zählenden Betriebe ausgesprochen, nichtig wäre, während sie in einem größeren Betriebe auf jeden Fall gültig wäre. Die Folge wäre, daß der Beschäftigte in einem größeren Betriebe einen geringeren Kündigungsschutz genießen würde, als das Gefolgschaftsmitglied in einem kleineren Betriebe. Weiter: Der Betriebsführer eines größeren Betriebes, der häufig eine größere Verantwortung vor der Allgemeinheit zu tragen haben wird und dem weit mehr Existenzen zur Betreuung anvertraut sind, kann seine Entschlüsse willkürlicher fassen, als der Führer eines kleineren Betriebes, dessen im Einzelfalle sittenwidriges Handeln doch manches Mal auf mehr Verständnis stoßen kann, als das gleiche Handeln eines Führers eines größeren Betriebes. Diese unterschiedliche Behandlung kann nicht als vom Gesetz gewollt aus ihm entnommen werden. Zu demselben Ergebnis kommt man übrigens auch dann, wenn man mit Dersch (DArbR. 1935, 126) bei willkürlichen und ähnlichen Kündigungen unterscheidet, ob sie gerade an die Nichtigkeit heranreichen, jedoch die Voraussetzungen des § 138 BGB. noch nicht ganz erfüllen.

Aus diesen Gedankengängen betrachtet, kommt das RArbG. zutreffend in dem von ihm entschiedenen Fall zu dem Ergebnis, daß die Kündigung des Amtsbewerbers sittenwidrig und daher nichtig sei, da sie ohne beachtlichen Grund vorgenommen sei und hier wegen des nicht widerlegten Verdachts, daß sie nur zur Verhinderung der Amtsübernahme erfolgt sei, auch auf den Gekündigten ehrverletzend wirkte. Diese Nichtigkeit ist nicht nur aus dem vom RArbG. angeführten, die durch die Novelle vom November 1934 aufgeworfene Problemstellung zur Frage der nichtigen Kündigung nicht erörternden Gründen begründet, sondern auch vom Standpunkt der oben erörterten Grenzziehung innerhalb des gemeinsamen Rahmens der Nichtigkeit zutreffend bejaht. Denn man wird unbedenklich sagen können, daß die Betriebsgemeinschaft es mit Recht fordern kann, daß die Rechtsordnung derartige Kündigungsmaßnahmen unmöglich macht, die dazu angetan sind, den Verdacht zu erwecken, daß sie nur zur Verhinderung der Amtsübernahme und unter Verletzung des dem Dienstvertrage innewohnenden Treueverhältnisses erfolgt seien. Versagt man einer solchen Kündigung nicht die rechtliche Wirksamkeit, so läßt man letzten Endes den zu verurteilenden „Herrn-im-Hause-Standpunkt" des Unternehmers auf Kosten des Gedankens der wahren Betriebsgemeinschaft obsiegen und gibt den recht willkürlichen und von keinerlei Gemeinschaftsgeist getragenen Beweggründen einen nicht zu begreifenden Vorzug. Das kann aber nicht der Sinn unserer heutigen geläuterten Rechts- und insbes. Sozialordnung sein. Daher ist die Entsch. des RArbG. auch in diesem Punkte zu begrüßen, da sie den entschlossenen Willen des höchsten Gerichts zur Abhilfe gegenüber dem Versagen von Betriebsführern kennzeichnet, die den Begriff und das Wesen des Führertums im neuen Staate noch nicht erkannt haben.

AGR. und LGR. Dr. Willy Franke, Berlin.

*

**48. § 5 ArbOG. Bei zeitweiligem Herabsinken der Beschäftigtenzahl endet das Amt des Vertrauensrats nicht; insbesondere ist die jahreszeitlich bedingte Betriebseinschränkung in Saisonbetrieben bedeutungslos.

Nach § 5 ArbOG. ist in einem Betrieb mit in der Regel mindestens 20 Beschäftigten ein Vertrauensrat zu bilden, ebenso wie nach § 1 BetrRG. unter der gleichen Voraussetzung ein Betriebsrat zu errichten war. Bei wechselnder Beschäftigungszahl ist nicht der Jahresdurchschnitt zugrunde zu legen, sondern die Beschäftigungszahl während des regelmäßigen Betriebsstandes (RArbG. 2, 56 [59]). Für Saisonbetriebe gilt die gleiche gesetzliche Regel. Für sie ist nach den Richtlinien des RArbM. v. 3. März 1934 Nr. III b 2735/34 (RArbBl. I, 63) die Voraussetzung gegeben, wenn die Zahl während des größten Teils des Jahres erreicht wird. Der Betrieb des Bekl. ist unstreitig ein Saisonbetrieb, der jahreszeitlich bedingt nur den kleineren Teil des Jahres allmählich bis zur vorübergehenden völligen Stillegung eingeschränkt wird, für den aber im übrigen die Voraussetzungen zur Bildung eines Vertrauensrates nach § 5 ArbOG. gegeben waren.

Aus den vorangegebenen Grundsätzen über die Bestellung des Vertrauensrats folgt, daß der Bestand des Vertrauensrats während

seiner Amtsdauer nicht von der wechselnden Zahl der Belegschaft abhängt. Daran hat das RArbG. schon für das Amt des Betriebsrats festgehalten (Urt. v. 25. Sept. 1929: BenshSamml. 7, 162 = JW. 1930, 484), und es besteht kein Anlaß, für den neuen Rechtszustand davon abzugehen. Nur wenn die Belegschaft des Betriebs dauernd die Grundzahl unterschreitet, also der Betrieb zum Kleinbetrieb umgestellt wird, ist für den Vertrauensrat als Mittler zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft kein Platz mehr.

Von diesen Erwägungen ist auch das BG. ausgegangen; es zieht aber den Schluß, daß das endgültige Absinken der Gefolgschaftszahl in einem Saisonbetrieb bis zur Beendigung der Saison die Umstellung des Betriebes bedeute, ein Fehlschluß, veranlaßt durch die Gleichstellung der dauernden Betriebsumstellung mit der jahreszeitlich bedingten Betriebseinschränkung. Die Saisondauer ist nach den zuvor entwickelten Rechtsgedanken nicht ausschlaggebend, sondern die organische Einstellung der bisherigen Betriebsart auf unbestimmte Zeit oder doch auf eine erhebliche, nicht durch eine regelmäßig wiederkehrende und von vornherein ersichtlich vorübergehende Produktionseinschränkung bedingte Zeitspanne. Eine solche periodisch bedingte Betriebseinschränkung oder Stillegung einzelner Betriebsabteilungen ist keine Betriebsumstellung, sie ändert nichts an der technischen oder wirtschaftlichen Struktur des Betriebs, sie hat nur den zeitweisen Ausfall gewisser Betriebsvorgänge zur Folge. Es kann deshalb der Fall, daß der Betrieb des Bekl. als Saisonbetrieb gegen Ende der Saison in dem Bestand seiner Gefolgschaftsmitglieder unter 20 sank und daß sogar seine völlige Stillegung für kurze Zeit bevorstand, nicht dem Fall dauernder Umstellung in einen sog. Kleinbetrieb gleich erachtet werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Betrieb des Bekl. auch für die Zeit des durch die Saison bedingten Abbaues ein Betrieb geblieben ist, in dem die Voraussetzungen für das Bestehen eines Vertrauensrates nach § 5 ArbOG. gegeben waren.

Die Herbeiführung einer Entsch. des Treuhänders nach § 19 Nr. 1 ArbOG. war nicht Klagevoraussetzung, da die gesetzlichen Bedingungen der Fortdauer des Kündigungsschutzes vom Gericht selbständig zu prüfen sind. An sich konnte das Amt des Vertrauensrats auch ohne Entsch. des Treuhänders der Arbeit enden, wenn die Umstellung in einen Kleinbetrieb offensichtlich war. Ob für Zweifelsfälle die Entsch. des Treuhänders nach § 19 ArbOG. einzuholen ist, wie früher das ArbG. zur Feststellung anzurufen war (RArbG. 7, 201 [205]), kann hier dahingestellt bleiben.

Das Amt des Vertrauensrats war demnach mit dem Sinken der Arbeiterzahl am 5. Jan. 1935 nicht beendet, und es bleibt zu prüfen, ob die Kündigung trotzdem infolge Betriebsstillegung nach § 14 Abs. 1 ArbOG. zulässig war. Dazu bedarf es tatsächlicher Feststellungen, deren Nachholung dem BG. zu überlassen ist. Dabei werden die Grundsätze zu beachten sein, die das RArbG. 2, 196 = JW. 1929, 290 und RArbG. 10, 131 entwickelt hat.

(RArbG., Urt. v. 31. Juli 1935, RAG 105/35. — Elbing.)

*

49. § 32 ArbOG. Eine Tarifvorschrift, die einem auswärts beschäftigten Arbeiter eine Wegeentschädigung zuspricht, ist erfüllt, wenn der tariflich nicht geregelte Akkordlohn in freier Vereinbarung so festgelegt wird, daß er die Wegeentschädigung einschließt. Richtlinien des Treuhänders der Arbeit gehen nicht wie die Vorschriften einer Tarifordnung ohne weiteres in den Inhalt der Arbeitsverträge ein.

Nach dem hier maßgebenden Bezirkstarifvertrag steht dem im Gemeindebezirk K. wohnhaften Arbeiter, der, wie es beim Kl. der Fall war, außerhalb der Eingemeindungsgrenze beschäftigt wird, eine Wegeentschädigung von einer Lohnstunde zu. Die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen Zeitlohn und Akkordlohn. Das verkennt auch die Rev. nicht. Sie wendet sich aber dagegen, daß das BG. es für unzulässig hält, den im Bezirkstarifvertrag nicht geregelten und daher der freien Vereinbarung der Arbeitsparteien überlassenen Akkordlohn so festzusetzen, daß er die tarifliche Wegeentschädigung einschließt, und weiter dagegen, daß das BG. die Entschädigung dem Kl. trotz einer unter Einbeziehung des Wegegeldes getroffenen Akkordlohnregelung neben dem Akkordlohn und damit doppelt zuspricht. Der Angriff der Rev. muß Erfolg haben.

Der Bekl. hat mit seiner Gefolgschaft im Aug. 1934 für die Baustrecke Los 18 eine schriftliche Akkordvereinbarung getroffen, die auch der Kl. unterschrieben hat. Nach deren Abs. 9 wird für das Quadratmeter fertiger Bodenfläche ein Akkordlohn von 12 *Rpf* gezahlt, und nach Abs. 10 ist in diesem Akkordpreis die tarifliche Wegeentschädigung von einer Stunde mit enthalten. Für einen Irrtum, der ihn zur Anfechtung seiner Unterschrift berechtige, hat der Kl. ebensowenig vorgebracht wie dafür, daß er die Unterschrift nur gezwungen oder unter wirtschaftlichem Drucke geleistet habe. Seine dahingehenden Behauptungen würden übrigens nur dazu führen können, daß er auch nicht den Akkordlohn beanspruchen könnte, sondern sich mit dem unstreitig geringeren tariflichen Zeitlohn begnügen müßte. Sie stehen auch mit seinem Verhalten in Widerspruch, insofern er den in der Vereinbarung festgesetzten Akkordlohn für sich in Anspruch nimmt und lediglich beanstandet, daß mit der Zahlung dieses Lohnes das tarifliche Wegegeld abgegolten sein soll. Dabei beachtet er aber nicht, daß er nach der Akkordvereinbarung die tarifliche Wegeentschädigung im Akkordpreis tatsächlich mit erhalten hat. Der vereinbarte Akkordlohn ist nicht nur Akkordlohn, sondern zugleich tarifliche Wegeentschädigung. Der reine Akkordlohn ergibt sich erst dadurch, daß von dem Tagesverdienst, den ein Durchschnittsarbeiter auf Grund der Akkordvereinbarung erzielt, die tarifliche Wegeentschädigung in Abzug gebracht wird, und es kann sich nur darum handeln, ob der dann verbleibende eigentliche Akkordlohn nicht hinter dem Zeit- oder Akkordlohn zurückbleibt, der dem Arbeiter etwa auf Grund einer Tarifordnung nach § 32 Abs. 2 Satz 2 ArbOG. als Mindestforderung zusteht. Als solche tarifliche Mindestforderung kommt nach dem Vortrag der Parteien der Zeitlohn des früheren Bezirkstarifvertrages in Betracht. Daß der Kl. mit seinem Akkordverdienst nach Abzug der tariflichen Wegeentschädigung diesen Zeitlohn nicht erreicht hat und daß er ihn mit der Leistung eines Durchschnittsarbeiters auch nicht erreichen konnte, hat er selbst nicht behauptet.

Nun hat sich nach Feststellung des BG. der Treuhänder der Arbeit mit Verrichtung der Akkordarbeit nur einverstanden erklärt, wenn der Akkordverdienst eines Durchschnittsarbeiters den Zeitlohn um 20% übersteigt. Davon, daß der Treuhänder durch Tarifordnung einen Akkordlohn in dieser Höhe vorgeschrieben oder nur zugelassen hätte, ist jedoch nicht die Rede. Daher kann die seiner Einverständniserklärung zugefügte Bedingung nur die Bedeutung einer Richtlinie für den Inhalt von Betriebsordnungen und Einzelarbeitsverträgen i. S. des § 32 Abs. 1 ArbOG. haben. Solche Richtlinie ist vom Führer des Betriebes allerdings zu beachten, wenn er ein Einschreiten des Treuhänders vermeiden will, hat aber keine unmittelbare Einwirkung auf die Arbeitsverhältnisse des Betriebes und geht nicht, wie die Vorschriften einer Tarifordnung, ohne weiteres in den Inhalt der Arbeitsverträge über. Im übrigen hat der Bekl. ohne Widerspruch des Kl. dargelegt, daß der um das tarifliche Wegegeld gekürzte Akkordverdienst des Kl. sogar um mehr als 20% den Zeitlohnverdienst überschritten hat, und der Kl. hat nicht behauptet, daß ein Durchschnittsarbeiter einen Mehrverdienst von 20% nicht hätte erzielen können.

(RArbG., Urt. v. 31. Juli 1935, RAG 98/35. — Königsberg i. Pr.)

*

50. Zwischenstaatliches Privatrecht. Die Frage, welches Recht auf ein Schuldverhältnis aus Vertrag anzuwenden ist, beantwortet sich in erster Linie nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Parteiwillen; in zweiter Linie ist das Recht des Erfüllungsorts maßgebend.

Der Kl., ein Neffe der Ehefrau des Bekl., ist durch Vertrag v. 21. Jan. 1931 als Schauspieler für das in den Vereinigten Staaten von Nordamerika auftretende Schauspielunternehmen „The Freiburg Passion Play in English, Inc. of Wilmington Delaware" gegen ein Gehalt von 50 Dollars wöchentlich angestellt. Er hat Restgehalt, Auslagen sowie Wertersatz für einen vom Bekl. für Bezahlung einer Hotelrechnung in Zahlung gegebenen Brillantring des Kl. verlangt.

Der Bekl. hat u. a. bestritten, daß er der rechte Bekl. sei, und daß der Brillantring für Schulden des Bekl. und nicht des Kl. in Zahlung gegeben sei.

I. Die Annahme des BG., daß für das hier streitige Rechtsverhältnis aus dem Dienstvertrage des Kl. deutsches Recht anzuwenden sei, beruht auf Rechtsirrtum. Das BG. verwendet für seine Rechtsansicht als ausschlaggebenden Gesichtspunkt, daß beide Vertragsparteien Deutsche seien. Es geht jedoch von einer rechtsirrtümlichen Würdigung der Vorgänge, die zum Vertragsschluß geführt haben, aus. Unzutreffend ist schon seine Annahme, daß in dem dem Vertragsschluß vorausgegangenen Briefwechsel nicht irgendwie zum Ausdruck gekommen sei, daß das Schauspielunternehmen in den Vereinigten Staaten, für das der Kl. als Schauspieler angestellt werden sollte, von einer von der Person der Gesellschafter unabhängigen juristischen Person betrieben wurde. Die bei dem Briefwechsel benutzten Briefbogen bezeichnen im Kopf bereits die „Freiburg Passion Play-Gesellschaft" als incorporated und den Bekl. als Präsidenten und geben damit zu erkennen, daß der Bekl. im Namen dieser Gesellschaft handelte. Außer Zweifel stellt diesen Punkt die Vertragsurkunde selbst. Sie ist in englischer Sprache abgefaßt und bezeichnet als Vertragsgegner ausdrücklich „The Freiburg Passion Play Inc.". Danach war entgegen der Annahme des BG. auch für den — angesichts der von ihm verlangten Vertragsleistung offensichtlich der englischen Sprache mächtigen — Kl. klar, daß diese sein Vertragsgegner war. Die weitere Frage, ob sie deswegen auch allein oder statt oder neben ihr der Bekl. persönlich der rechte Bekl. für den vorl. Rechtsstreit ist,

läßt sich nicht ohne vorherige Klärung der Frage nach dem anzuwendenden und hierfür maßgebenden Recht beantworten. Für die Meinung des BG., daß deutsches Recht anzuwenden sei, entfällt jedenfalls sein Hauptbeweisgrund, daß die Vertragsparteien beide Deutsche seien. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß eine der Vertragsparteien eine Gesellschaft ist, die ihren Sitz in den Vereinigten Staaten hat. Im übrigen ist für die Frage, welches Recht auf ein Schuldverhältnis aus Vertrag anzuwenden sei, nach feststehender Rspr. des RG., der sich das RArbG. anschließt, in erster Linie der wirkliche oder mutmaßliche Wille der Parteien maßgebend (RGZ. 120, 72 = JW. 1928, 1197 u. ö.), in zweiter Linie das Recht des Erfüllungsortes (RGZ. 96, 272; 107, 46 = JW. 1924, 97; RGZ. 108, 243 = JW. 1924, 667 u. ö.). Für die Ermittlung dieses Willens der Parteien muß zunächst der Vertragsort, d. h. der auf dem Gebiete des Schuldrechts zumeist, wie auch hier, von Zufälligkeiten abhängige Ort des endgültigen Vertragsschlusses als unerheblich außer Betracht bleiben (so schon RGZ. 61, 345/46). Daß die Nationalität der Vertragschließenden, die häufig einen wertvollen Anhalt für den zu vermutenden Parteiwillen bietet (RGZ. 120, 72), hier nicht maßgebend ist, ist bereits erörtert. Im Gegenteil legt bereits die Tatsache, daß Vertragspartei auf der einen Seite eine amerikanische Gesellschaft ist, die in den Vereinigten Staaten ihren Sitz hat, und die Abfassung des Vertrages in englischer Sprache die Vermutung nahe, daß das so begründete Schuldverhältnis amerikanischem Recht unterstehen soll. Vollends außer Zweifel gestellt wird das durch die Überlegung, daß es sich hier um eine Verpflichtung zur Leistung schauspielerischer Dienste bei einer nur in den Vereinigten Staaten auftretenden, in englischer Sprache aufführenden Truppe handelte. Beide Vertragsparteien hatten ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag naturgemäß in den Vereinigten Staaten zu erfüllen. Es ist also sowohl aus dem Gesichtspunkt des Parteiwillens wie dem des Erfüllungsortes das amerikanische, im Staate Delaware geltende, nicht aber das deutsche Recht anzuwenden. Nach vorstehendem unterliegt das angefochtene Urteil auf die Rev. des Bekl. der Aufhebung und Zurückverweisung, insoweit es auf der Nichtanwendung des amerikanischen Rechts möglicherweise beruht und soweit es den Bekl. beschwert, d. h. soweit der Bekl. zur Zahlung restlichen Gehalts verurteilt ist, nicht dagegen, soweit der Anspruch des Kl. auf Ersatz von Auslagen abgewiesen ist und somit der Bekl. zur Zahlung von 175 Dollar als dem Betrage verurteilt ist, um den er durch Verwendung des Brillantringes bereichert ist, da insoweit das Urteil nicht auf der Nichtanwendung amerikanischen Rechts beruht, sondern deutsches Recht zur Anwendung kommt, wie unten darzulegen sein wird. Der Kl. wird für die weitere Verhandlung und Entsch. darzulegen haben, daß seine ursprünglichen Vertragsrechte durch nachträgliche Zusicherung freier Kost und Unterkunft erweitert sind und infolgedessen die Hingabe des Brillantringes lediglich für Schulden des Bekl. erfolgt ist.

II. Gegen die Abweisung des Anspruchs auf Ersatz von Auslagen erhebt die Rev. des Kl. keine besondere Rüge.

Dagegen führt die Rev. des Kl. ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung aus einem anderen Rechtsgrunde. Daß und inwiefern der Anspruch des Kl. aus der unterlassenen Auslösung des Brillantringes durch den Bekl. abhängig ist von der erneut zu treffenden Entsch., ob der Kl. vertraglichen Anspruch auf freie Kost und Unterkunft hatte, es sich danach lediglich um ein Inzahlunggeben für Schulden des Bekl. gehandelt hat, ist oben erörtert. Für den vom BU. angenommenen und auch für die künftige Entsch. denkbaren Fall aber, daß es sich lediglich um Hotelschulden des Bekl. handelt, der Bekl. also zur Einlösung des Ringes verpflichtet war, tritt im BU. bei der Anwendung deutschen Rechts ein weiterer Rechtsirrtum insofern zutage, als es dem Kl. lediglich einen Bereicherungsanspruch auf Ersatz des Betrages der Hotelrechnung zuspricht. Die Nichteinlösung des Ringes aber stellt nach deutschem Recht eine schuldhafte Vertragsverletzung (§ 279 BGB.), zu vertretendes, auf bloßem Geldmangel beruhendes Unvermögen des Bekl. zur Erfüllung seiner Vertragspflicht auf Einlösung des Ringes (RGZ. 75, 335) dar, das einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung begründet. Die Frage, welches Recht auf diesen Anspruch des Kl. auf Wertersatz wegen Nichteinlösung des Ringes anzuwenden ist, ist im Gegensatz zu dem Vertragsanspruch auf Restgehalt dahin zu beantworten, daß hier die Anwendung deutschen Rechts geboten ist. Es handelt sich hier augenscheinlich um eine rein persönliche Gefälligkeit des Kl. gegenüber dem Ehemann seiner Tante, dem Bekl., mit dem er aus Verwandtschaftsgründen zusammen zu wohnen und zu essen pflegte. Für diese rein persönliche Rechtsbeziehung zweier Deutscher aus einem Gefälligkeitsakt ist die Geltung deutschen Rechts nach den oben erörterten Grundsätzen als von den Parteien gewollt anzunehmen.

(RArbG., Urt. v. 20. Juli 1935, RAG 61/35. — Freiburg i. Br.)

Arbeitsgerichte

Hamburg

51. § 626 BGB. Äußerungen eines Gefolgschaftsmitglieds über den Betriebsführer sind nicht abstrakt und losgelöst von allen Begleitumständen wägbarer und unwägbarer Art zu betrachten. Unwahre Behauptungen sind einem Gefolgschaftsmitglied dann ausnahmsweise unter Umständen nachzusehen, wenn es als einziger Nationalsozialist in einem Betrieb arbeitet, in welchem Betriebsführer und Gefolgschaft den Weg zum neuen Staat noch nicht gefunden haben.

Der Kl., der im 22. oder 23. Lebensjahr steht, war seit Juni 1933 beim Bekl. beschäftigt, und zwar zunächst als Lehrling und ab 1. April 1934 als Geselle. Kl. gehört der SA. an und bekleidet dort den Rang eines Oberscharführers. Die übrigen Gefolgschaftskameraden waren früher freigewerkschaftlich interessiert und haben nach dem eigenen Vorbringen des Bekl. noch nicht zur positiven Einstellung gegenüber dem jetzigen Staat finden können. Für sich selbst betont der Bekl. seine politische Neutralität sowohl in vergangenen Zeiten als auch jetzt. Am 31. Juli 1935 teilte Kl. dem Bekl. mit, daß er als Betriebszellenobmann eingesetzt worden sei. Der Bekl. meinte, dies müsse ihm erst offiziell mitgeteilt werden. In der Gefolgschaft regte man sich darüber auf, daß ausgerechnet der Jüngste und derjenige, der am wenigsten könne, bestellt worden sei. Darüber gab es Auseinandersetzungen mit dem Kl. Er erwähnte dabei, daß er auch den Bekl. selbst wegen ablehnender Einstellung zur Rede gestellt habe und daß dieser ganz klein gewesen sei. Als der Bekl. ihn wegen dieser unwahren Bemerkungen in Gegenwart der übrigen Gefolgschaftsmitglieder zur Verantwortung zog und ihm Vorwürfe machte, entgegnete Kl., er ließe sich überhaupt nichts gefallen und drohte, für den Fall, daß nochmals Äußerungen fielen, mit geheimer Staatspolizei und Hochgehenlassen des Betriebes.

Am folgenden Tage wurde Kl. fristlos entlassen. Er hält sowohl die fristlose wie ordentliche Kündigung für ungerechtfertigt und verlangt nun:

a) Zahlung des Lohnes für die nicht eingehaltene Kündigungsfrist mit 55 *RM*;
b) Widerruf der Kündigung sowie Auferlegung einer Entschädigung für den Fall der Ablehnung des Widerrufs.

Das ArbG. Hamburg hat der Klage stattgegeben.

Die unwahre Erzählung des Kl. über sein Vorgehen gegen den Bekl. sowie weiter seine Bemerkungen über die Geheime Staatspolizei usw. rechtfertigen weder die fristlose Entlassung noch sind sie in concreto geeignet, einer ordentlichen Kündigung den Charakter unbilliger Härte zu nehmen. Es geht nicht an, die letzten Äußerungen des Kl. und sein beanstandetes Verhalten ganz abstrakt zu betrachten, wie es der Bekl. tut und sie loszulösen von allen Begleitumständen wägbarer und unwägbarer Art. Nur wenn man die Umwelt, in der Kl. beruflich leben mußte, ihre äußere Erscheinung und den Geist, den sie atmete, in Beziehung bringt zu seinem Verhalten, kann man ihm und der Sache selbst gerecht werden.

Der Kl. stand allein unter Kameraden, die den Weg zum neuen Staat noch nicht gefunden hatten, und unter einem Betriebsführer, der noch heute mit gewissem Stolz seine politische Neutralität betont und sie offenbar für wertvoller hält als eine Teilnahme am politischen Geschehen des ganzen deutschen Volkes. Ein Unterschied zwischen politischer Neutralität und der noch nicht gefundenen Einstellung zum neuen Staat ist nicht vorhanden, es sei denn, daß diese noch nicht gefundene Einstellung in Wirklichkeit etwas Negatives oder jedenfalls noch Negativeres ist als die Neutralität. Und dies ist auch der Fall nach der Überzeugung des Gerichts, die es gewonnen hat, nicht allein aus der Darstellung des Bekl., sondern aus eigener Erfahrung des praktischen Lebens. Daß aber eine negative geistige Einstellung sich gleichzeitig jeder Kundgebung innerer Geistes- und Willensrichtung enthält, ist etwas, was über die Kraft der meisten Menschen hinausgeht, und zwar selbst dort, wo ein Wille vorhanden ist. Aber schon an solchem Willen gebricht es vielfach, obwohl man annehmen sollte, daß ein gewisses Gefühl der Anerkennung für entgegengebrachte Duldsamkeit die anständige Folge solcher Duldsamkeit und damit auch der Untergrund guten Willens sein könnte. Im Betrieb des Bekl. ist offenbar das Gegenteil eingetreten. Sonst ist es unverständlich, daß man Amt und Person des Kl. sofort mit Bemerkungen über seine Jugend und seine Leistungsfähigkeit herabsetzt. Jeder wußte, daß von der Gefolgschaft weltanschaulich nur der Kl. für das Amt in Frage kam, und keiner konnte darüber im Zweifel sein, daß auch Macht genug vorhanden ist, nicht nur einen anderen Betriebszellenobmann, sondern auch neue Arbeitskräfte von außen her in den Betrieb zu bringen. Niemand konnte auch darüber im unklaren sein, daß solcher Wechsel nicht den Kl., sondern lediglich

die übrige Gefolgschaft getroffen hätte. Man hätte also Veranlassung gehabt, mit der vorgenommenen Regelung zufrieden zu sein oder sie wenigstens äußerlich „neutral" hinzunehmen. Statt dessen brachte man dem Kl. sofort Widerstand entgegen. Denn die kritisierenden Bemerkungen waren nichts anderes als Widerstand und Ablehnung. Und der Bekl. selbst zeigte die gleiche Einstellung wie die Mitglieder der Gefolgschaft. Vielleicht richtete sich seine Einstellung nur gegen die Person des Kl. und nicht gegen das Amt. In der äußeren Erscheinungsform war aber solcher Unterschied dem Kl. nicht erkennbar. Gerade aber, wenn der Bekl. nur die Person des Kl. beanstandete, war es seine besondere Pflicht, die Mitteilung des Kl. anders aufzunehmen als es geschah. Er brauchte nicht dem Kl. gleich entgegenzuhalten, daß er erst eine schriftliche Mitteilung haben müsse. Rückschlüsse auf die Art, wie diese Bemerkung gemacht wurde, ergibt am besten die Äußerung des Bekl. in seinem Schreiben v. 9. Aug. 1935 an die DAF. Hier heißt es: „Wie P. von der Wichtigkeit seiner Person überzeugt ist, bewies er, als er die Mitteilung machte, daß er als Betriebszellenobmann eingesetzt wäre. Als ich ihm sagte, dies müsse mir doch offiziell mitgeteilt werden, meinte er, das würde schon kommen." Nach dieser Schilderung hat sich der Kl. rein sachlich und korrekt benommen. Der Schluß auf die Überzeugung des Kl. von der Wichtigkeit seiner Person ist hieraus objektiv nicht gerechtfertigt. Er ist subjektiv nur aus ablehnender Haltung des Bekl. zu erklären und zeigt gleichzeitig seine ablehnende Einstellung überhaupt. Sache des Bekl. wäre es gewesen, dem Kl. Verständnis entgegenzubringen und ihm Zusammenarbeit im Interesse des Ganzen anzutragen. Hielt er aber den Kl. persönlich nicht für tragbar, dann hätte der Bekl. sich an die DAF. wenden können. Bei den Anschauungen, die in der Gefolgschaft herrschten, mußte der Kl. zu der Ansicht kommen, daß ihm als Amtsträger und aus grundsätzlich ablehnender Einstellung heraus Opposition gemacht wurde. Diese Auffassung ergab sich um so zwangsläufiger, als „mit P. ab und zu schon Differenzen entstanden waren dadurch, daß, wenn man ihn mal brauchte, er durch seinen SA.-Dienst verhindert war". Solche Differenzen konnten aber bei verständnisvoller Einfühlung in das Geschehen der Zeit, die nicht einmal Bejahung voraussetzte, sondern sich schon aus wohlwollender „Neutralität" ergeben hätte, niemals entstehen. Drohten wirklich betriebsschädliche Kollisionen zwischen SA.-Dienst und Berufspflicht, dann konnte guter Wille sie leicht dadurch vermeiden, daß man sich mit der zuständigen SA.-Formation in Verbindung setzte. Der Bekl. übersieht aber offenbar, daß SA.-Dienst — er schreibt unbewußt, aber bezeichnend, „sein SA.-Dienst" — vom Kl. nicht um seiner selbst willen oder gar zu seinem persönlichen Vorteil oder aus reinem Spaß geleistet wird. Differenzen wären aber sicherlich schon dann vermieden worden, wenn Bekl. dies nicht übersehen hätte.

Der Bekl. trägt selbst vor, es sei allmählich im Betrieb eine ungemütliche Spannung entstanden. Sie mußte zwangsläufig entstehen, aber es ist Unrecht, den Kl. dafür verantwortlich zu machen, es sei denn, daß man ihm zum Verschulden anrechnet, SA.-Mann zu sein und als einziger und jüngster Kamerad eine andere Weltanschauung zu vertreten als die übrige Gefolgschaft. Und es ist auch kein Verschulden, wenn er seiner Anschauung Raum gibt, sondern seine Pflicht schon allein als SA.-Mann. Der Kl. hat auf keinen Fall die Spannung verschuldet. Ob und in welchem Maße den Bekl. selbst die Schuld trifft, mag hier ununtersucht bleiben. Der Kl. ist auch nicht verantwortlich dafür, daß einer dem andern nicht traut. Richtig ist, daß nicht einer dem andern, sondern alle dem Kl. mißtrauten. Der Grund des Mißtrauens war aber nicht die Person des Kl. und seine Weltanschauung, sondern die dieser Anschauung feindliche Einstellung der Gefolgschaft. Der Bekl. hatte zwei Mittel, das Mißtrauen und die Spannung zu beseitigen. Das eine, die Entfernung des Kl., hat er angewandt. Das zweite, nämlich die Änderung der in der Belegschaft herrschenden Einstellung, hat er niemals auch nur versucht.

In diesem Milieu voller Spannungen, Mißtrauen und Opposition spielt sich nun der Vorfall ab, der den unmittelbaren Anlaß zur Kündigung gab. Die Gefolgschaft kränkt den Kl. bewußt, als sie von seiner Bestellung erfährt. Er aber macht, um sich zu verteidigen und in einer Art von Notwehr, eine Bemerkung über den Betriebsführer, die der Wahrheit zwar nicht entspricht, die aber keineswegs das Gewicht und die Bedeutung hat, die ihr vom Betriebsführer beigelegt werden. Sie rechtfertigt auch nicht die ergriffenen Maßnahmen. In Gegenwart der gesamten Opposition wird der Kl. zur Rede gestellt und muß sich Worte anhören, wie „Unverschämtheit", „mangelnde anständige Gesinnung" u. dgl. Noch in der Verhandlung nannte der Bekl. den Kl. einen Feigling. Dies alles waren Mittel, die den Kl. im höchsten Maße reizen mußten. Sie sind als durchaus unangebracht zu beanstanden. Wollte der Bekl. den Kl. wegen des begangenen Fehlers zur Rede stellen, so konnte dies in anderer Form und vor allen Dingen in Abwesenheit der triumphierenden weltanschaulichen Gegner geschehen. Wenn auch der Bekl. nach seiner Einstellung keine das Verhalten des Kl. rechtfertigende Momente finden wollte oder konnte, so mußten ihm allein Takt, Rücksicht auf den Mitmenschen, insbes. sein Ehrgefühl und auch seine Jugend, ein anderes Vorgehen gebieten. Auf den Vorwurf der mangelnden anständigen Gesinnung vor der besonders zusammengezogenen Versammlung von feindselig eingestellten Mitarbeitern hätten viele Menschen noch ganz anders reagiert als es der Kl. tat. Und der Bekl. hätte sich darüber kaum wundern können, zumal wenn er gerechterweise den gleichen Grad eigener Empfindsamkeit auch andern zugute hielte und sich schon früher einmal überlegt hätte, ob es nicht richtiger gewesen wäre, von sich aus Mittel zur Beseitigung der Opposition zu finden. Dann wäre kein Boden gewesen für die Äußerungen des Kl. und der Streit nicht entstanden.

(ArbG. Hamburg, Urt. v. 23. Aug. 1935, 5 Ca 242/35.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

52. §§ 11, 37 EinkStG. 1925. Wenn ein beschränkt steuerpflichtiger Ausländer in Deutschland Einnahmen erzielt hat, die auf Grund des Ges. v. 9. Juni 1933 (RGBl. I, 349) bei der Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden eingezahlt, an den Gläubiger zur Hälfte in Devisen und zur Hälfte in Scrips weitergeleitet wurden, so sind für die Berechnung der Steuer die Scrips nicht mit dem Marknennbetrag, sondern mit dem gemeinen Wert anzusetzen.

Der im Ausland wohnende BeschwF. ist in Deutschland mit Einkünften, die er aus einem Mietwohnhaus bezieht, beschränkt steuerpflichtig. Nach dem Inkrafttreten des Ges. v. 9. Juni 1933 über Zahlungsverbindlichkeiten gegenüber dem Ausland (RGBl. I, 349) sind von diesen Einkünften am 14. Aug. und am 30. Sept. 1933 je 600 *RM* und am 20. Nov. 1933 1600 *RM* bei der Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden eingezahlt worden. Von diesen Beträgen hat der BeschwF. am 20. Okt. 1933 600 *RM* in bar und 600 *RM* in Scrips und in gleicher Weise am 6. Dez. 1933 800 *RM* in bar und 800 *RM* in Scrips erhalten. Die Scrips hat er durch die Dresdner Bank verkaufen lassen. Der Erlös betrug für die 600 *RM* Scrips 297 *RM* und für die 800 *RM* Scrips 397,75 *RM*. Den sich gegenüber dem Nennbetrag der an die Kasse gezahlten Einkünfte ergebenden Verlust von 705,25 *RM* will der BeschwF. von seinem Einkommen aus Vermietung und Verpachtung abgesetzt wissen. Das FinA. hat das unverkürzte Einkommen, so wie es an die Kasse gezahlt ist, zur Einkommensteuer herangezogen. Einspruch und Ber. waren erfolglos. Das FinA. sieht den vollen zur Besteuerung gelangten Betrag als dem BeschwF. zugeflossen an. Nach seiner Ansicht bedeutet die Einzahlung bei der Konversionskasse eine „Vermögensdisposition", deren Folgen einkommensteuerrechtlich nicht interessierten. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß der inländische Schuldner zu den Einzahlungen gesetzlich verpflichtet gewesen sei. Der Verlust, den der BeschwF. bei der Verwertung der Scrips erlitten habe, stelle eine Vermögenseinbuße dar, die das im gleichen Jahre erzielte Einkommen nicht berühre.

Die RBeschw. ist begründet.

In dem umgekehrt liegenden Fall, wo der deutsche Steuerpflichtige Einkünfte im Ausland gehabt hat, die infolge der ausländischen Devisengesetzgebung im Ausland auf ein Sperrkonto eingezahlt werden mußten, hat sich der RFH. auf den Standpunkt gestellt, daß die Einzahlung bei der Bank auf das Sperrkonto zwar einen Zufluß bedeute, der Wert dieses Zuflusses aber davon abhängig sei, inwieweit der Steuerpflichtige in Deutschland mit diesem Guthaben irgend etwas anzufangen imstande sei (vgl. VI A 474/34, Urt. v. 29. Mai 1935: JW. 1935, 2395). Die Sach- und Rechtslage ist hier ähnlich. Der ausländische Gläubiger erhält nach den derzeitigen gesetzlichen Best. von dem Betrag, den sein Inlandsschuldner an die Konversionskasse gezahlt hat, nur die Hälfte in Devisen, die andere Hälfte aber in Scrips. Es wäre deshalb der Wert festzustellen, der unter diesen Umständen dem BeschwF. zugeflossen ist. Da diese Feststellung möglicherweise erheblichen Schwierigkeiten begegnen kann, hat sich der RFM. in den „Ergänzungsrichtlinien für 1934" (RStBl. 1935, 785) damit einverstanden erklärt, daß die Scrips mit dem Kurse angesetzt würden, der für den Rückkauf durch die Golddiskontbank festgesetzt sei (das waren damals 50%). Im Interesse der Einfachheit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung ist gegen dieses Verfahren nichts einzuwenden, wenngleich — worauf der RFM. auch hinweist — im Einzelfalle einem Gläubiger auch eine günstigere Verwertung der Scrips möglich sein könnte.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 3. Juli 1935, VI A 388/35.)

*

53. §§ 30, 32, 58 EinkStG. 1925. Scheidet ein Gesellschafter, der ein negatives Kapitalkonto hat, aus einer OHG. aus, und verzichten die verbleibenden Mitgesellschafter auf Einzahlung des ohnehin uneinbringlichen, dem negativen Kapitalkonto entsprechenden Betrages, so ist in der Verzichtleistung kein steuerpflichtiges Einkommen des ausscheidenden Gesellschafters zu erblicken.

Der BeschwF. K. war bis zum 1. Aug. 1930 Mitgesellschafter einer OHG. Seine Entnahmen in den letzten Jahren vor seinem Austritt überstiegen die auf ihn entfallenden Gewinnanteile, so daß er am Stichtage seines Ausscheidens ein negatives Kapitalkonto von 52 499 *RM* hatte. Die hohen Entnahmen waren der Hauptgrund, wegen dessen die beiden anderen Gesellschafter M. und R. auf sein Austreten drängten. In dem Ausscheidungsvertrage ist in § 2 gesagt: „Die OHG. und die Herren M. und R. persönlich verzichten auf die Forderungen gegen Herrn K., soweit solche den Betrag von 20 000 *RM* übersteigen. Dagegen erkennt Herr K. an, der OHG. einen Betrag von 20 000 *RM* zu verschulden." Weiter ist im § 7 vereinbart: „Wenn Herr K. seine Schuld an die OHG. von 20 000 *RM* in voller Höhe getilgt hat und außerdem eine bare Einlage von 30 000 *RM* in die Gesellschaft leistet, so ist Herr K. berechtigt, seine Wiederaufnahme als offener Handelsgesellschafter zu dem Zeitpunkt des Beginns eines neuen Geschäftsjahres zu verlangen, und es sind die Herren M. und R. verpflichtet, alsdann Herrn K. wiederum als Gesellschafter aufzunehmen."

Die Firma hat den Betrag von 32 499 *RM*, der dem BeschwF. bei seinem Austritt erlassen wurde, über Gewinn- und Verlustkonto abgebucht. Dagegen ist vom FinA. nichts eingewendet worden. Das FinA. hat den Verzicht der Firma auf 32 499 *RM* beim BeschwF. als Veräußerungsgewinn zur Einkommensteuer nach §§ 30, 32, 58 EinkStG. herangezogen. Dagegen hatte der BeschwF. insbes. eingewandt, daß es sich um keinen endgültigen Verzicht handle und hat eine Bescheinigung der Firmeninhaber beigebracht, die lautet: „Wir bestätigen Ihnen hiermit, daß § 2 des zwischen uns abgeschlossenen Vertrages vom 28. Juli 1930 so auszulegen ist, daß die OHG. und wir nur aus dem Gesichtspunkt heraus eine Verzichtsleistung auf die Forderung gegen Sie, soweit sie den Betrag von 20 000 *RM* übersteigt, erklärt haben, daß Sie niemals in der Lage sein werden, mehr als 20 000 *RM* Schulden abzuzahlen. Zwischen Ihnen und uns besteht Übereinstimmung darüber, daß Sie zu Rückzahlungen auch über den Betrag von 20 000 *RM* hinaus verpflichtet sind, wenn Sie wider Erwarten jemals dazu in der Lage sein sollten."

Die Vorbehörden haben zuungunsten des BeschwF. entschieden. Die RBeschw. ist begründet.

Der RFH. hat sich mehrfach mit der Frage beschäftigt, wie die verbleibenden Gesellschafter, bzw. die Firma, zu bilanzieren hat, wenn einem ausscheidenden Gesellschafter die Auffüllung seines negativen Kapitalkontos erlassen wird. Die Beantwortung lautete verschieden, je nachdem anzunehmen war, daß die Firma stille Reserven besaß oder nicht besaß (vgl. Urt. VI A 1775/29 v. 24. Juni 1931: StW. 1931 Nr. 883, 890; VI A 63/32 v. 25. Jan. 1933: StW. 1933 Nr. 279; VI A 1495/31 v. 27. Jan. 1932: StW. 1932 Nr. 256 = RStBl. 1932, 463). Maßgebend war der Gedanke, daß der wahre Wert eines buchmäßig negativen Kapitalkontos beim Vorhandensein innerer Reserven positiv sein kann (vgl. Mirre: Zeitgem. Steuerfragen 1930, 96 ff.). Jedenfalls ist den verbleibenden Gesellschaftern gestattet worden, den erlassenen Teil des negativen Kontos dort abzuschreiben (also als Verlust auszuweisen), wo die Forderung uneinbringlich war und das weitere Anwachsen des negativen Kapitalkontos nicht geduldet worden ist. So liegt die Sache hier: Das FinGer. hat das Fehlen stiller Reserven ausdrücklich festgestellt, und da das FinA. die Abschreibung des erlassenen Teils den verbleibenden Gesellschaftern gestattet hat, so ist es offenbar davon ausgegangen, daß die Forderung insoweit uneinbringlich war.

Hier steht jetzt zur Entsch., wie sich der Erlaß auf der Seite des ausscheidenden Gesellschafters auswirkt. Dabei erklärt das angefochtene Urteil für „unerheblich, ob die Mitgesellschafter den erlassenen Forderungsteil für beitreibbar hielten". Die Gesellschafter hätten einen rechtlich vollwertigen Anspruch gegen den BeschwF. gehabt. Diese Ausführungen sind rechtsirrig. Auf die rechtliche Vollwertigkeit des Anspruchs kann es im Steuerrecht nicht ankommen; sonst wäre z. B. in den weitaus meisten Fällen jedes Delkredere unzulässig. Es ist vielmehr entscheidend — und zwar nach beiden Seiten hin — welchen Wert die Forderung tatsächlich hatte. Man kann auch — für den Standpunkt des ausscheidenden Gesellschafters — nicht ohne weiteres sagen, daß für ihn der teilweise Erlaß der Forderung einen Gewinn bedeutet. Wäre das richtig, dann müßte jeder Sanierungsgewinn, der sich ja auch, rein buchmäßig betrachtet, rechnerisch ergibt, besteuert werden. Diese Besteuerung ist aber für die Einkommensteuer seit jeher abgelehnt, und für die Körperschaftsteuer jetzt durch das Gesetz selbst ausgeschlossen (vgl. § 11 Ziff. 4 KörpStG. 1934). Hier handelt es sich um einen der Sanierung wesensgleichen Vorgang. Auch in anderem Zusammenhang, z. B. bei unselbständiger Arbeitstätigkeit, ist dort das Vorliegen von Arbeitslohn verneint worden, wo dem Arbeitnehmer zwar eine Schuld erlassen war, die Schuldforderung aber uneinbringlich und deshalb wertlos war.

Das Urteil unterliegt deshalb wegen unrichtiger Rechtsanwendung der Aufhebung.

Bei freier Beurteilung ist der Senat in der Lage, selbst zu entscheiden. Er geht davon aus, daß die verbleibenden Gesellschafter bei Abschluß des Austrittsvertrages überzeugt waren, daß der gestrichene Teil des negativen Kapitalkontos uneinbringlich war. Das ergibt sich auch aus der von ihnen abgegebenen Erklärung. Die spätere Entwicklung hat diese Beurteilung der Verhältnisse als richtig erwiesen: Die Gesellschaft selbst, wie auch der BeschwF. sind in Vermögensverfall geraten, und die Konkurse haben nur eine geringe Quote ergeben. Unterstellt man einmal, daß kein Verzicht auf einen Teil des negativen Kapitalkontos erfolgt wäre, so hätte dieses sich, da der BeschwF. zur Bezahlung außerstande war, nicht nur in Höhe von 20 000 *RM*, sondern in voller Höhe von 52 499 *RM* in ein ihm von der Firma gewährtes Darlehen verwandelt. Wäre die Firma mit dieser Forderung im Konkurs des BeschwF. zum größten Teil ausgefallen, so wie sie jetzt mit der auf 20 000 *RM* ermäßigten Forderung ausgefallen ist, so wäre das FinA. sicher nicht auf den Gedanken gekommen, für den BeschwF. einen Veräußerungsgewinn herauszurechnen. Die Sachlage ist aber für den BeschwF. wirtschaftlich ganz die gleiche, wenn der ausdrücklich ausgesprochene Verzicht auf die Teilforderung deshalb für die Firma und für ihn ohne Bedeutung ist, weil die Forderung mindestens insoweit wertlos war. Nimmt man hinzu, daß der Forderungsverzicht auch nicht deshalb erfolgt sein kann, weil das negative Kapitalkonto etwa zum Teil aus stillen Reserven — an denen ja der BeschwF. bis zu seinem Ausscheiden beteiligt gewesen wäre — hätte ausgeglichen werden können (denn solche waren nicht vorhanden), so läßt sich ein Veräußerungsgewinn für den BeschwF. nicht feststellen.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 3. Juli 1935, VI A 652/34.)

*

54. § 13 KörpStG.; § 13 EinkStG. Bei Einbringung von Gegenständen in eine Gesellschaft kann das FinA. von der Gesellschaft verlangen, daß sie den Wertansatz begründet.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 24. Sept. 1935, I A 114/35.)

*

55. §§ 1 Nr. 1, 8 Nr. 1 UmsStG. 1926 u. 1932; §§ 1 Nr. 1, 5 Nr. 1 UmsStG. 1934.

1. Wird ein Geschäft, das eine in sich geschlossene wirtschaftliche Einheit bildet, als ganzes veräußert, so ist Gegenstand der Veräußerung nicht die Summe der Aktiven, sondern der Unterschied zwischen den Aktiven und den Passiven; und es ist umsatzsteuerpflichtiges Entgelt nicht der Kaufpreis zuzüglich der vom Erwerber übernommenen Passiven, sondern lediglich der entrichtete Kaufpreis.

2. Sind unter den Geschäftsaktiven solche, deren Umsatz auf Grund von Befreiungsvorschriften des UmsStG. steuerfrei zu bleiben hat, so ist umsatzsteuerpflichtiges Entgelt der Teil des gewährten Entgelts, der den der Umsatzbesteuerung unterworfenen Aktiven im Verhältnis zu den gesamten Aktiven entspricht. †)

Der BeschwF. hat durch Vertrag die von ihm betriebene Firma mitsamt dem Betriebsgrundstück und danebenliegenden Baugrundstücken seinem Sohn überlassen. Als Preis wurde vereinbart für die Grundstücke 40 000 *RM*, für die Firma mit sämtlichen Aktiven und Passiven 60 000 *RM*. Von dem Grundstückspreis entfallen nach späterer Angabe des BeschwF. etwa 36 000 *RM* auf das Betriebsgrundstück, etwa 4000 *RM* auf die Baugrundstücke. Der übernehmende Sohn hatte seinerzeit von seinen Großeltern ein Vermächtnis von 100 000 GM. erhalten mit der Best., daß das Geld bis zum Tode des BeschwF. in dessen Geschäft zu verbleiben habe. Auf diese ihm gegen den BeschwF. zustehende Forderung verzichtete nunmehr der Sohn zum Ausgleich des auf insgesamt 100 000 *RM* veranschlagten Übernahmepreises.

Aus Anlaß dieses Veräußerungsvertrages hat das FinA. den BeschwF. zur Umsatzsteuer herangezogen und diese aus 97 008 *RM* auf 824,50 *RM* berechnet. Die Ber. des BeschwF. hatte nicht nur keinen Erfolg, sondern das FinGer. berechnete den steuerpflichtigen Umsatz auf 102 234 *RM* und die Umsatzsteuer auf 868,90 *RM*. In der RBeschw. wird die Umsatzsteuerpflichtigkeit des Vorgangs überhaupt bestritten mit der Begr., es handle sich um eine vorweggenommene Erbfolge; da die Überlassung umsatzsteuerfrei gewesen wäre, wenn sie im Erbwege erfolgt wäre, müsse

sie auch bei der nunmehr von den Beteiligten gewählten Gestaltung frei sein; die Überlassung sei nicht im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit des BeschwF. erfolgt, sondern gehöre in den Kreis seines Eigenlebens; die Art der Beurteilung der Sache durch das FinA. und das FinGer. widerspreche dem Volksempfinden.

Die RBeschw. kann dem Grunde nach keinen Erfolg haben, führt aber zu einer Herabsetzung der Umsatzsteuer.

Das FinGer. geht davon aus, daß es sich um einen ernstgemeinten Veräußerungsvertrag handle. Hiergegen bestehen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Bedenken. Die Veräußerung eines Geschäfts im ganzen stellt nach der in den letzten Jahren ständig aufrecht gehaltenen Rspr. des erk. Sen. den letzten Akt der gewerblichen Tätigkeit des Veräußerers — also nicht, wie der BeschwF. sagt, einen Akt des „Eigenlebens" — dar und unterliegt deshalb der Umsatzsteuer (vgl. insbes. die Entsch. vom 24. April 1931, V A 410/31 = JW. 1932, 274; Anm.: JW. 1932, 1916; RFH. 29, 22; RStBl. 1932, 361; StW. 1931 Nr. 753). Daß der Erwerber der Sohn und voraussichtliche Erbe des Veräußerers ist, ändert hieran nichts. Da die Veräußerung gegen Entgelt geschah, sind die Voraussetzungen in § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926 für die grundsätzliche Umsatzsteuerpflichtigkeit des Vorgangs gegeben. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß die Volksanschauung eine Auslegung des § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926 in dem Sinn fordere, daß Lieferungen und sonstige Leistungen gegen Entgelt dann nicht zur Umsatzsteuer herangezogen werden dürften, wenn der Leistungsempfänger der Sohn oder mutmaßliche Erbe des Leistungsverpflichteten sei.

Dagegen kann dem FinGer. nicht gefolgt werden hinsichtlich der Berechnung der Höhe des steuerpflichtigen Umsatzes.

Wird ein Geschäft, das eine in sich geschlossene wirtschaftliche Einheit bildet, als ganzes veräußert, so ist Gegenstand der Veräußerung nicht die Summe der Aktiven, der als Gegenleistung einerseits der Kaufpreis, daneben anderseits die Summe der Passiven — oder vielmehr die Übernahme der Passiven vom Veräußerer auf den Erwerber — gegenüberstünde. Gegenstand der Veräußerung ist vielmehr das Geschäft in seiner wirtschaftlichen Einheit, dessen Wert sich als Unterschied zwischen den Aktiven und den Passiven darstellt. Es liegt in einem solchen Falle nicht anders, als wenn das Vermögen einer Kapitalgesellschaft oder auch das Vermögen einer Einzelperson oder eine Konkursmasse als ganzes veräußert wird. In einem jeden solchen Fall wird nicht eine Summe von Einzelgegenständen und Rechten, es wird vielmehr eine Ganzheit veräußert; zu ihren Bestandteilen gehören nicht nur positive, sondern auch negative Vermögenswerte, nicht nur Aktiva, sondern auch Passiva. Auch die Volksanschauung, insbes. die Anschauung der hier in Frage kommenden kaufmännischen Kreise, geht in der gleichen Richtung. Soweit aus der Entsch. v. 7. Okt. 1932, V A 30/32 (RStBl. 1933, 288) etwas anderes entnommen werden kann, hält der Senat hieran nicht mehr fest.

Auch im vorl. Falle ist demgemäß nicht — wie das FinA. meint — die Summe aller nicht unter eine Befreiungsvorschrift des UmsStG. fallenden Aktiven anzusehen, noch auch — wie das FinGer. ausgesprochen hat — die Summe der vom Erwerber gewährten Gegenleistungen, bestehend aus der erlassenen Forderung von 100 000 *RM* und den übernommenen Geschäftspassiven, und sodann herabgesetzt in dem Verhältnis, in dem die durch diese Gegenleistung abgegoltenen Werte im einzelnen solche sind, deren Umsatz steuerpflichtig ist, zu den nicht steuerpflichtigen. Auch im vorl. Falle ist vielmehr Gegenstand des steuerpflichtigen Umsatzes das Geschäft; dessen Wert ergibt sich als der Unterschied zwischen den Aktiven und den Passiven. Auf der Aktivenseite müssen aber alle die Posten ausgeschieden werden, deren Umsatz auf Grund von Befreiungsvorschriften des UmsStG. steuerfrei zu bleiben hat (vgl. Entsch. v. 28. Okt. 1931, V A 526/31 = JW. 1933, 373; RFH. 29, 268; RStBl. 1932, 375; StW. 1932 Nr. 592); in dem gleichen Verhältnis, in dem durch diese Ausscheidung die Aktiven verkürzt werden, müssen dann auch die den Aktiven gegenüberstehenden Passiven gekürzt werden.

Das Finanzgerichtsurteil ist hiernach wegen rechtsirrtümlicher Berechnung des steuerpflichtigen Umsatzes aufzuheben. Die Sache ist bei freier Beurteilung entscheidungsreif.

Als Grundlage für die Berechnung, wie sie nach dem Ausgeführten vorzunehmen ist, kann die in den Umsatzsteuerakten enthaltene „Eröffnungsbilanz" zum 1. Jan. 1930 dienen. Auf der Aktivenseite ist jedoch ein Posten von 4000 *RM* zuzusetzen, das ist der Wert der mit dem Geschäft zusammen veräußerten Baugrundstücke. Dieser vom BeschwF. angegebene Wert ist nach Feststellung des FinGer. in der Bilanz nicht mitenthalten. Den Ausführungen des FinGer., daß auch die Veräußerung dieser Grundstücke wegen ihres Zusammenhangs mit dem Geschäft als eine Veräußerung im Rahmen des Gewerbebetriebs des BeschwF. anzusehen ist, ist beizutreten. Hiernach betragen (im folgenden sind alle Beträge auf 10 *RM* abgerundet) die veräußerten Aktiven, und zwar die Bilanzaktiven 140 570 *RM*, der Wert der Baugrundstücke 4000 *RM*, zusammen 144 570 *RM*; die mitveräußerten Bilanzpassiven betragen 23 160 + 25 760 = 48 920 *RM*; hiernach ergibt sich ein Reinwert von 95 650 *RM*. Der Umsatz folgender Aktiven fällt unter die Befreiungsvorschrift in § 2 Nr. 2 UmsStG. 1926: Debitoren 41 890 *RM*, Geldbestände 3390 *RM*, zusammen 45 280 *RM*. Ein verhältnismäßiger Betrag hat auch bei den Passiven unberücksichtigt zu bleiben, mithin ein Betrag von

$$48\,920\ RM \cdot \frac{45\,280}{144\,570} = 15\,320\ RM.$$

Die veräußerten, der Umsatzsteuer zu unterwerfenden Werte betragen hiernach Aktiva 144 570 — 45 280 = 99 290 *RM*, Passiva 48 920 — 15 320 = 33 600 *RM*, Unterschied 99 290 — 33 600 = 65 690 *RM*.

Das wäre der steuerpflichtige Umsatz, wenn der Erwerber nur den oben errechneten Reinwert von 95 650 *RM* bezahlt hätte. Da er statt dessen 100 000 *RM* bezahlt hat, und da nicht der Wert des Veräußerten, sondern das gezahlte Entgelt der Umsatzsteuerberechnung zugrunde zu legen ist, ist dieser Betrag von 65 690 *RM* im Verhältnis von 95 650 zu 100 000 zu erhöhen, also auf

$$65\,690\ RM \cdot \frac{100\,000}{95\,650} = 68\,680\ RM.$$

Die vorstehende Berechnung ist gegeben worden, um den Entwicklungsgang zu zeigen und um die Ausscheidung nicht steuerpflichtiger Werte auch bei Zugrundelegung des Geschäfts im obigen Sinne als Gegenstand des Umsatzes zu rechtfertigen. Im vorl. Fall — und ebenso in allen Fällen, in denen die Höhe des gewährten Entgelts zahlenmäßig feststeht — ist folgende Berechnung mit dem gleichen Ergebnis einfacher und daher vorzuziehen. Das geleistete Entgelt von 100 000 *RM* ist im Verhältnis der steuerpflichtigen Aktiven (99 290 *RM*, siehe oben) zu den gesamten Aktiven 144 570 *RM*, siehe oben) aufzuspalten. Das steuerpflichtige Entgelt beträgt hiernach

$$100\,000\ RM \cdot \frac{99\,290}{144\,570} = 68\,680\ RM.$$

Aus dem umsatzsteuerpflichtigen Betrag von 68 680 *RM* ergibt sich eine Umsatzsteuer von 583,75 *RM*.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 14. Juni 1935, V A 259/34.)

Anmerkung: I. Nach der ständigen Rspr. des RFH. in den letzten Jahren stellt die Veräußerung eines Geschäftes im ganzen den letzten Akt der gewerblichen Tätigkeit des Veräußerers dar und unterliegt deshalb der Umsatzsteuer (vgl. JW. 1932, 274, 1916). Der frühere Standpunkt des RFH., wonach eine derartige Veräußerung nur steuerpflichtig war, wenn der Veräußerer sich in das Privatleben zurückzog und sich nicht mehr gewerblich betätigte, oder wenn eine Kapitalgesellschaft ihr Unternehmen veräußerte, im übrigen jedoch steuerfrei blieb, ist also endgültig verlassen worden.

Besteuerungsmaßstab für das umsatzsteuerpflichtige Veräußerungsgeschäft ist nach § 5 Abs. 1 UmsStG. 1934 (§ 8 Abs. 1 UmsStG. 1932 und 1926) das vereinnahmte Entgelt. Eine Vereinnahmung von Entgelt durch den Verkäufer kann grundsätzlich auch durch Schuldübernahme, insbes. durch Übernahme einer Hypothek erfolgen (vgl. Entsch. v. 13. Dez. 1929, V A 113/29: Mrozek, R. 31 zu § 8 Abs. 1 UmsStG. 1926). Übernimmt der Käufer eines Geschäftes in Anrechnung auf den Gesamtkaufpreis Schuldhypotheken und sonstige Schulden des Geschäftes, so könnte demnach angenommen werden, daß — soweit nicht der Umsatz der einzelnen Aktiven unter eine Befreiungsvorschrift fällt (z. B. Grundstücksveräußerung nach § 4 Ziff. 9 UmsStG. 1934) — die Schuldübernahme beim Verkäufer eine Vereinnahmung von Entgelt darstellt. In der Tat hat die Rspr. bislang angenommen, daß auch hier das Entgelt nicht nur in dem Wert des „Auszahlungsanspruches", sondern auch in dem Wert der übernommenen Schulden besteht (vgl. Entsch. v. 7. Okt. 1932, V A 30/32: RStBl. 1935, 286 = Mrozek, R. 26 zu § 1 Ziff. 1 UmsStG. 1932). Dieser Standpunkt ist nunmehr in der Entsch. v. 14. Juni 1935 (Mrozek, R. 11, 12 zu § 5 Abs. 1 UmsStG. 1934) ausdrücklich aufgegeben worden. Danach ist Gegenstand der Veräußerung nicht die Summe der Aktiven, der als Gegenleistung einerseits der (Bar-) Kaufpreis (s. u. III), daneben andererseits die Summe der übernommenen Passiven gegenüberstünde. Gegenstand der V. ist vielmehr „das Geschäft in seiner wirtschaftlichen Einheit", dessen Wert sich als Unterschied zwischen den Aktiven und den Passiven darstellt. Umsatzsteuerpflichtiges Entgelt ist also nicht der (Bar-) Kaufpreis zuzüglich der vom Erwerber übernommenen Passiven, sondern lediglich „der tatsächlich entrichtete Kaufpreis".

Der Entsch., die auch für UmsStG. 1934 Gültigkeit hat, ist grundsätzlich zuzustimmen.

Bei einer Lieferung im Sinne des § 1 Ziff. 1 UmsStG. 1934 muß es sich um einen Gegenstand (§ 3 a. a. O.) handeln, der von einer Person auf eine andere übergehen kann (Popitz, Kommentar zum UmsStG., 3. Auflage, S. 680; daß § 5 UmsStG. 1932 und 1926 nur von „Sachen" handelte, ist ohne Bedeutung, vgl. Hartmann-Metzenbacher, Das UmsStG. 1934 S. 183). Nach bürgerlichem Recht versteht man unter „Gegenstand" nur körperliche Sachen und Rechte (§ 90 BGB.), nicht jedoch sog. Rechtsgesamtheiten, wie das Geschäft als Ganzes. Gesetzgeber und Rspr. haben jedoch für eine Reihe von Fällen u. a. auch sog. Rechtsgesamtheiten „vergegenständlicht" („Gegenstand" im Sinne Sohms, vgl. Handbuch 2, 196). So kennen §§ 310, 311, 419 BGB. die Veräußerung des Vermögens einer Person, §§ 22, 25 HGB. die eines Handelsgeschäftes, während die Rspr. als Gegenstand eines Kaufes trotz der Fassung des § 433 BGB. u. a. auch einheitliche Vermögensmassen usw. zuläßt. Unter Vermögen als Gegenstand des Rechtsverkehrs versteht das BGB. in der Regel die Gesamtheit des Aktivvermögens ohne Einbeziehung der Passiva, also das Reinvermögen (deutschrechtliche Auffassung), für das HGB. ist das Handelsgeschäft „der in dem betreffenden Handelsgewerbe steckende Vermögenswert". Es bestehen keine Bedenken, auch für das Umsatzsteuerrecht als Rechtsverkehrsteuer den Begriff „Gegenstand" in diesem Sinne auszulegen und als Gegenstand der Lieferung lediglich das Reinvermögen des Geschäftes und nicht die Aktiven („übernommenes Vermögen" i. S. des § 419 Abs. 2 BGB.; so anscheinend auch Popitz a. a. O. S. 682) anzusehen. Der Begriff des „Gegenstandes" im Sinne des UmsStG. nähert sich somit dem des „Wirtschaftsgutes" im Sinne des EinkStG.

Es ist nicht zutreffend, wenn die Begr. der Entsch. davon auszugehen scheint, daß erst jetzt der bisherige Standpunkt aufgegeben werde, wonach bei einer Geschäftsveräußerung die Übernahme von Schulden eine Vereinnahmung darstelle. In einer Entsch. v. 21. Dez. 1934 (V A 728/33: RStBl. 1935, 373 = Mrozek, R. 7 zu § 1 Ziff. 1 UmsStG. 1934) hat sich der RFH. mit der Frage befaßt, wie die Einbringung des Vermögens einer OHG. in eine Kapitalgesellschaft umsatzsteuerrechtlich zu behandeln ist. Hier ist ausgeführt, daß Maßstab für den Wert der aufgegebenen „Gesellschafterrechte" das Vermögen bildet, für dessen Herausgabe die Gesellschafter ihre Rechte aufgegeben haben. Es wird demnach ohne weiteres der Wert des Kapitalkontos der Umsatzsteuer zugrunde gelegt, obwohl offenbar auch Schulden zu berücksichtigen waren (vgl. auch Entsch. v. 29. Juli 1932, V A 944/31: RStBl. 1933, 284 = Mrozek, R. 42 zu § 1 Ziff. 1 UmsStG. 1932).

II. Die Entsch. wird auch Anwendung zu finden haben, wenn es sich um die Veräußerung eines selbständigen Teilbetriebes (z. B. Filiale) handelt oder wenn zwar nicht sämtliche Aktiven, so doch die für die Fortführung des Geschäftes wesentlichen Teile veräußert werden. Insoweit wird die Rspr. des RFH. zu § 30 EinkStG. 1925, § 16 EinkStG. 1934 von Bedeutung sein. Im übrigen wird die Einschränkung zu machen sein, daß nur die Schulden außer Betracht bleiben können, die Geschäftsschulden sind, also mit dem Geschäft im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Hatte der Verkäufer z. B. zum Zwecke der Ausstattung seiner Tochter oder zwecks Instandsetzung eines Privatgrundstücks eine Hypothek auf dem Geschäftsgrundstück eintragen lassen und die Schuld über Kapitalkonto in seine Geschäftsbilanz übernommen, wenn auch nur mit der Buchung: Kapitalkonto an Hypothekenkonto, so würde die Übernahme dieser Hypothek durch den Käufer eine Vereinnahmung darstellen und somit steuerpflichtig sein.

Die Schuldübernahme ist auch für den Fall eine Vereinnahmung, wenn nur das dem Betrieb gewidmete Vermögen, nicht der Betrieb als solcher veräußert wird, und eine Fortsetzung des Betriebes durch den Erwerber nicht in Betracht kommt (vgl. Entsch. v. 28. Sept. 1928, V A 477/28: Mrozek, R. 109 zu § 1 Ziff. 1 UmsStG. 1926).

III. Sind unter den Geschäftsaktiven solche, deren Umsatz steuerfrei zu bleiben hat, so ist umsatzsteuerpflichtiges Entgelt der Teil des (Bar-) Kaufpreises, der den der Umsatzbesteuerung unterworfenen Aktiven im Verhältnis zu den gesamten Aktiven entspricht. Als umsatzsteuerfrei kommt bei Geschäftsveräußerungen insbes. die Überlassung des Geschäftsgrundstücks, der Debitoren und des Kassenbestandes in Betracht (§ 4 Ziff 8 und 9 UmsStG. 1934). Sind die gesamten Aktiven = a, die steuerpflichtigen Aktiven = b, der (Bar-) Kaufpreis = c, dann berechnet sich das steuerpflichtige Entgelt nach der Formel: $\frac{b \cdot c}{a}$ (Beispiel: gesamte Aktiven 120 000 RM, steuerpflichtige Aktiven [120 000 — 40 000 RM Grundstück] = 80 000 RM, in Anrechnung auf den Gesamtkaufpreis übernommene Schulden = 60 000 RM, Barpreis = 60 000 RM; steuerpflichtiges Entgelt: $\frac{80\,000 \times 60\,000}{120\,000} = 40\,000$ RM; Steuer = 40 000 × 2 % = 800 RM, dagegen nach der früheren Rspr.: [120 000 — 40 000] RM = 80 000 RM × 2 % = 1600 RM).

Einer Barzahlung steht es gleich, wenn ein Teil des Entgelts als Restkaufgeldhypothek eingetragen wird (vgl. Entsch. v. 14. Okt. 1932, V A 333/32 (RFH. 32, 40 = RStBl. 1933, 290 = Mrozek, R. 5 zu § 8 Abs. 1 UmsStG. 1932).

RegR. Hans Werner, Bitterfeld.

*

56. § 3 Abs. 3 Nr. 2 RFluchtStVO.

a) Der Erwerb auf Grund einer Lebensversicherung auf den Todesfall ist dem Gesamtvermögen hinzuzurechnen. Maßgebend ist der Wert im Zeitpunkt des tatsächlichen Anfalls, nicht der Wert zur Zeit des Abschlusses der Lebensversicherung, auch dann nicht, wenn der Versicherungsnehmer auf Widerruf verzichtet hat.

b) Bei einem Erwerb von Todes wegen ist eine Nachlaßschuld, die durch Berufung auf die Haftungsbeschränkung der Erben abgewehrt werden kann, dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich nicht gezahlt wird.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 24. Sept. 1935, III A 23/35.)

*

57. § 7 RFluchtStVO. a. F.; § 243 Abs. 3 RAbgO. Bedeutung der polizeilichen Meldung im Recht der Reichsfluchtsteuer.

Die Vorbehörden gehen davon aus, daß der BeschwF. erst am 30. Juni 1934 seinen inländischen Wohnsitz aufgegeben habe. Unstreitig hat der BeschwF. seine bisherige Wohnung in Hamburg im Sept. 1933 aufgegeben, er blieb aber polizeilich gemeldet. Aus diesem Umstand folgern die Vorbehörden, daß der BeschwF. noch bis zum 30. Juni 1934 seinen inländischen Wohnsitz bewahrt habe. Erst mit der Änderung des § 7 RFluchtStVO. durch das Ges. vom 18. Mai 1934 (RGBl. I, 392) habe dieser Rechtszustand aufgehört, weil der BeschwF. nicht nachgewiesen habe, daß die polizeiliche Meldung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimme. Dieser Ausgangspunkt ist unrichtig. § 7 Abs. 1 RFluchtStVO. a. F. läßt eine bereits entstandene Reichsfluchtsteuerpflicht wegfallen, wenn der StPfl. nachweist, daß er wieder einen Wohnsitz im Inland begründet hat. Den Nachweis kann der StPfl. z. B. dadurch führen, daß er eine polizeiliche Bescheinigung über die Wiederanmeldung eines inländischen Wohnsitzes vorlegt. Diesen Fall nimmt das FinGer. aber nicht an. Denn es führt aus, bis zum 30. Juni 1934 habe die „tatsächliche Aufgabe des Wohnsitzes" (im Sept. 1933) beim BeschwF. die Reichsfluchtsteuerpflicht nicht ausgelöst, „solange die polizeiliche Anmeldung fortbestand". Damit entzieht sich das FinGer. die Grundlage zur Anwendung des § 7 a. F., es fehlt damit auch die Möglichkeit, die Folgerungen zu ziehen, die Art. 2 Ges. v. 18. Mai 1934 mit sich bringt. Vom Standpunkt des FinGer. aus scheidet daher hier die Anwendung des § 7 a. F. und des Art. 2 a. a. O. aus. Der Standpunkt des FinGer. ist aber auch in einem weiteren Punkt unrichtig. Denn es stellt die rechtsbegründende Bedeutung einer polizeilichen Meldung aus § 7 RFluchtStVO. a. F. der Rolle gleich, die außerhalb dieser Vorschr. eine polizeiliche Meldung (oder das Unterlassen einer solchen) für die Frage der Begr. oder der Aufgabe des Wohnsitzes spielt. Hier muß zunächst geprüft werden, ob neben der Aufgabe der Hamburger Wohnung im Sept. 1933 das Unterlassen der polizeilichen Abmeldung oder das Abmelden auf Reisen steuerlich von Bedeutung war. Diese Frage ist nach der ständigen Rspr. des RFH. zu verneinen. Rechtfertigen die übrigen Umstände die Annahme, daß ein StPfl. seinen Wohnsitz aufgegeben hat, so kommt es — außerhalb des Rahmens des § 7 a. a. O. — nicht darauf an, ob er der Polizei gegenüber Meldungen oder zutreffende Meldungen erstattet hat. Diese übrigen Umstände aber hat das FinGer. im vorl. Fall zutreffend gewürdigt. Dabei handelt es sich vornehmlich um Beurteilung von Tatumständen. Bei der beschränkten Natur der RBeschw. ist der RFH. nur in der Lage, zu prüfen, ob die Vorbehörde das bestehende Recht verletzt oder sich mit dem klaren Inhalt der Akten in Widerspruch gesetzt hat. Beides ist nicht der Fall. Hiernach steht fest, daß der BeschwF. seinen inländischen Wohnsitz aufgegeben hat, aber nicht erst am 30. Juni 1934, sondern schon im Sept. 1933.

Die gleichen Erwägungen gelten für die Frage, ob der Be-

schwF. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland aufgegeben hat. Die Umstände, unter denen der BeschwF. sich jeweils im Inland aufhält, lassen nach der schlüssig begründeten Feststellung des FinGer. auf seine Absicht schließen, dort nur vorübergehend zu verweilen.

Auch in den übrigen Punkten ist dem FinGer. beizutreten. Die Befreiungsvorschrift aus § 2 Ziff. 3 RFluchtStVO. kann dem BeschwF. schon deshalb nicht zugute kommen, weil nicht abzusehen ist, weshalb er die ihm im Ausland obliegenden Geschäfte nicht auch ohne Aufgabe des inländischen Wohnsitzes wahrnehmen könnte. Was der BeschwF. in dieser Beziehung vorbringt, ist nicht überzeugend. Ihm wird auch nicht zum Schaden angerechnet, daß er in Prag einen Wohnsitz begründet hat. Steuerpflichtig ist er geworden, weil er seine Wohnverhältnisse im Inland nicht so gestaltet hat, daß ein zweiter Wohnsitz im Inland anerkannt werden könnte. Bei der Eigenart seiner Tätigkeit wären zwei Wohnsitze nichts Auffallendes, der BeschwF. hält sie angeblich selbst für wünschenswert.

Die Berechnung der Höhe der Steuer ist nicht einwandfrei. Da die Steuerpflicht im Sept. 1933, also vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 18. Mai 1934 entstanden war, durfte dem maßgebenden Vermögen der halbe Wert von Aktien (7705 *RM*) nicht hinzugerechnet werden. Diesen Fehler richtigzustellen, ist der RFH. aber nicht in der Lage. Denn die Vorverlegung des Fälligkeitstages vom 30. Juni 1934 auf den 30. Sept. 1933 würde auf der anderen Seite im vorl. Fall mit Rücksicht auf § 6 a. a. O. die Schuld des BeschwF. erheblich vermehren. Das Verböserungsverbot aus § 243 Abs. 3 RAbgO. steht also einer anderweitigen Berechnung entgegen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 25. Juli 1935, III A 142/35.)

*

58. § 7 RFluchtStVO. (a. F.); Art. 1 Ziff. 3 zu 5, Art. 2 Ges. v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 392); Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und Italien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung v. 31. Okt. 1925 (RGBl. 1925, II, 1145).

a) Das Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und Italien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung steht der Erhebung einer RFluchtSt. nicht entgegen.

b) Wird der Nachweis nach Art. 2 Abs. 1 Ges. v. 18. Mai 1934 nicht bis zum 30. Juni 1934 geführt, so entsteht mit Ablauf der Frist eine neue RFluchtSt.-Schuld, für deren Höhe die neuen Vorschriften maßgebend sind, insbesondere über die Hinzurechnungen aus § 3 Abs. 3 Ziff. 1 bis 5 der RFluchtSt.-Vorschriften i. d. Fass. des Ges. v. 18. Mai 1934 (RStBl. 1934, Nr. 526, 599).

Streitig ist, ob das Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und Italien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung v. 7. Dez. 1925 (RGBl. II, 1145) der Heranziehung der StPfl. zur Reichsfluchtsteuer entgegensteht, ob der Steuerberechnung die neue Vorschrift des Art. 1 Ziff. 3 zu 5 des Ges. v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 392) zugrunde zu legen ist und ob nach der Auswanderung gezahlte Einkommen- und Vermögensteuern angerechnet werden müssen.

Die StPfl., am 31. März 1931 Angehörige des Deutschen Reichs, haben im Herbst 1933 ihren inländischen Wohnsitz aufgegeben. Am 25. Nov. 1933 haben sie sich in Berlin-Wilmersdorf wieder polizeilich angemeldet. Damit fiel nach § 7 RFluchtStVO. ursprünglicher Fassung die Verpflichtung, die Reichsfluchtsteuer zu entrichten, weg. Den nach Art. 2 Ges. v. 18. Mai 1934 von ihnen erforderten Nachweis, daß die polizeiliche Anmeldung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimme, haben die StPfl. bis zum 30. Juni 1934 nicht geführt. Daraufhin hat das FinA. nach Art. 2 Abs. 2 a. a. O. gegen die StPfl. eine Reichsfluchtsteuer von 125 138 *RM* festgesetzt, wobei es dem Gesamtvermögen den bei dem letzten Vermögensteuerbescheid unberücksichtigt gebliebenen halben Wert von inländischen Aktien hinzurechnete, Anrechnung von nach der Auswanderung gezahlten Steuern aber ablehnte. Auf die Sprungberufung der StPfl. hat das FinGer. die Reichsfluchtsteuer um 18 405 *RM* ermäßigt, indem es vom Gesamtvermögen den halben Wert der Aktien wieder absetzte, im übrigen aber dem FinA. folgte.

Die RBeschw. des FinA. begehrt Hinzurechnung des halben Werts der Aktien, die RBeschw. der StPfl. zielt auf Freistellung von der Reichsfluchtsteuer ab. Sie vertritt den Standpunkt, daß die StPfl. zur Zeit der Entstehung der Steuerschuld ihren Wohnsitz in Italien gehabt hätten. Die Reichsfluchtsteuer sei eine Vermögensteuer i. S. des deutsch-italienischen Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und dürfe deshalb von den StPfl. nicht erhoben werden. Der halbe Wert der inländischen Aktien müsse auf alle Fälle unberücksichtigt bleiben, weil die neue Steuer an die ursprüngliche Auswanderung anknüpfe, nur ein Wiederaufleben der alten Steuer bedeute und deshalb nach den Grundsätzen zu berechnen sei, die für die Erhebung bis zum 18. Mai 1934 galten. Die geforderte Anrechnung gezahlter Steuern ergebe sich aus dem rückwirkenden Fortfall der Einkommen- und Vermögensteuerpflicht, sie entspreche auch der Billigkeit.

Der dem Verfahren beigetretene RFM. hat folgendes ausgeführt:

„Zu der Frage, ob es sich bei der Reichsfluchtsteuer um eine direkte Steuer, insbes. um eine Steuer vom Vermögen i. S. des deutsch-italienischen Doppelbesteuerungsvertrages handelt oder nicht, nehme ich wie folgt Stellung:

Die Reichsfluchtsteuer ist abweichend von den Vermögensteuern, wie sie die Doppelbesteuerungsverträge allgemein im Auge haben, an folgende Voraussetzungen geknüpft:

a) sie trifft nur Personen, die am 31. März 1931 Angehörige des Deutschen Reichs gewesen sind, und die

b) innerhalb eines bestimmten Zeitraums ihren inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt aufgegeben haben oder aufgeben;

c) sie wird nur von Personen erhoben, die zu einem bestimmten Zeitpunkt mehr als ein bestimmtes Gesamtvermögen und außerdem mehr als ein bestimmtes steuerpflichtiges Einkommen hatten;

d) das Vermögen ist nicht Steuerobjekt, sondern lediglich Bemessungsgrundlage für die Steuerfestsetzung.

Hieraus ergibt sich, daß die Reichsfluchtsteuer keine Steuer ist, die den Vermögensbesitz als solchen belasten soll und auf Grund des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts zu erheben ist. Sie ist vielmehr eine letzte große Abgabe, die der Abwandernde zu zahlen hat als Ausgleich dafür, daß dem Reiche seine Steuerkraft verloren geht, unter dessen Schutz er sich im Wirtschaftsleben betätigen konnte. Für die Entstehung und Fälligkeit der Steuer ist nicht der Besitz des Vermögens, sondern allein der Umstand maßgebend, daß der StPfl. seinen inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland aufgibt. Auf Steuern dieser Art, mit denen ein Staat nur seine eigenen Staatsangehörigen in bestimmten Fällen belegt, können sich Doppelbesteuerungsverträge der Natur der Sache nach nicht erstrecken. Derartige Steuern fallen daher weder unter die vor noch unter die nach ihrer Einführung abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen."

Zu der Frage, ob für die Entstehung der Reichsfluchtsteuerpflicht der Tag der Aufgabe des inländischen Wohnsitzes oder der 30. Juni 1934 maßgebend sein soll, hat sich der RFM., wie folgt, geäußert:

„Der Grundgedanke für die RFluchtStVO. ist der, kapitalkräftigen Personen die Abwanderung zu erschweren, damit das Aufkommen an Steuern nicht verringert wird. Die Reichsfluchtsteuer soll mithin keine neue Einnahmequelle sein. Infolgedessen war man bestrebt, den StPfl. die Rückkehr nach Deutschland dadurch zu erleichtern, daß man die polizeiliche Anmeldung als genügenden Nachweis für die Wiederbegründung des inländischen Wohnsitzes zuließ in der Erwartung, daß die StPfl. innerhalb einer angemessenen Frist tatsächlich wieder einen inländischen Wohnsitz begründen. Zur Sicherstellung des Aufkommens der Einkommen- und Vermögensteuer sollten diese Personen während der nächsten 5 Jahre unbeschränkt steuerpflichtig bleiben.

Diese Best. in § 7 (a. F.) der RFluchtStVO. sind aber durch einen großen Teil der ausgewanderten Personen mißbraucht worden. Sie haben entweder durch polizeiliche Anmeldung nur einen fingierten Wohnsitz wieder begründet oder sie haben sich bei Aufgabe des inländischen Wohnsitzes erst gar nicht polizeilich abgemeldet und haben dies dem FinA. mitgeteilt. Sie hatten aber niemals die Absicht, den inländischen Wohnsitz tatsächlich wieder zu begründen. Ihre unbeschränkte Steuerpflicht stand in den meisten Fällen nur auf dem Papier, weil die FinA. keine Möglichkeit mehr hatten, die StPfl. zur Abgabe einer ordnungsmäßigen Steuererklärung zu zwingen. Es blieb praktisch nur die beschränkte Steuerpflicht bestehen. Auch diese wurde mit der Zeit beseitigt, indem das in Deutschland befindliche Vermögen nach und nach in das Ausland gebracht wurde. Sobald dies geschehen war, erhielt das FinA. Mitteilung von der Aufgabe des fingierten Wohnsitzes. Die Reichsfluchtsteuer konnte, wenn ungenügende Sicherheit geleistet war, nicht mehr eingezogen werden, da greifbare Vermögenswerte nicht mehr vorhanden waren. Hieraus erklärt sich auch die große Zahl der Steuersteckbriefe.

Um diesen unhaltbaren Zustand zu beseitigen, wurde der § 7 (a. F.) der RFluchtStVO. durch das Ges. v. 18. Mai 1934 aufgehoben. Die Personen, die bis dahin den inländischen Wohnsitz nur durch polizeiliche Anmeldung wieder begründet hatten, mußten bis zum 30. Juni 1934 den Nachweis führen, daß dieser Wohnsitz den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Soweit sie diese Bedingung nicht erfüllt haben, sind sie mit dem 1. Juli 1934 reichsfluchtsteuerpflichtig geworden. Sie sind also wie Personen

zu behandeln, die erst am 1. Juli 1934 den inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland aufgegeben haben.

Die Absicht, die Reichsfluchtsteuer rückwirkend wieder aufleben zu lassen, hat niemals bestanden. Das ergibt sich auch aus der Einräumung einer Frist für den Nachweis, daß die polizeiliche Anmeldung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt. Mit dieser Regelung sollte außerdem eine umständliche Prüfung vermieden werden, ob der StPfl. in der Zwischenzeit einen Wohnsitz i. S. des § 80 (a. F.) RAbgO. hatte. Von einem Wiederaufleben der Reichsfluchtsteuer mit rückwirkender Kraft mußte schon deswegen abgesehen werden, weil die von den StPfl. gezahlten Einkommen- und Vermögensteuern hätten zurückgezahlt oder verrechnet werden müssen und weil dann die StPfl. gem. § 6 RFluchtStVO. die erheblichen Zuschläge hätten zahlen müssen, was zweifellos in den meisten Fällen zu Härten geführt hätte. Ein Verzicht auf diese Zuschläge hätte aber eine zins- und zuschlagsfreie Stundung der Reichsfluchtsteuer vom Zeitpunkt der tatsächlichen Aufgabe des inländischen Wohnsitzes bis zum 1. Juli 1934 bedeutet und wäre eine Besserstellung gegenüber den StPfl., die die Reichsfluchtsteuer sofort bei der Aufgabe des inländischen Wohnsitzes gezahlt haben.

Zusammengefaßt haben die Aufhebung des § 7 (a. F.) der RFluchtStVO. und der Art. 2 des Ges. v. 18. Mai 1934 folgende Wirkung:

a) Der StPfl. muß bis 30. Juni 1934 nachweisen, daß die polizeiliche Anmeldung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt.

b) Führt er diesen Nachweis, dann ist der Fall erledigt. Die geleistete Sicherheit bleibt bestehen.

c) Führt er den Nachweis nicht, dann ist er so zu behandeln wie eine Person, die erst am 1. Juli 1934 ihren inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland aufgegeben hat."

Die RBeschw. des FinA. ist begründet, die der StPfl. unbegründet.

In der grundlegenden Frage der Rechtsnatur der Reichsfluchtsteuer tritt der Senat durchweg den überzeugenden Darlegungen des RFM. bei (vgl. dazu auch Seweloh: StW. 1934, 1159). Gegenstand der Vermögensteuer ist ein Zustand, das Vorhandensein von Vermögen, Gegenstand der Reichsfluchtsteuer dagegen — nicht nur ihr Ausgangspunkt — eine Handlung, die Aufgabe des inländischen Wohnsitzes innerhalb gewisser Fristen. Im Sinne des deutsch-italienischen Abkommens (Art. 1 Abs. 4 Satz 2) ist die Vermögensteuer eine Personalsteuer, die auf die Gesamtheit der der Steuer unterworfenen Gegenstände (Vermögen) mit Rücksicht auf die Person des StPfl., dem sie zustehen, und auf Grund ... des Wohnsitzes ... dieser Person erhoben wird. Hierunter kann die Reichsfluchtsteuer auch bei weitherzigster Auslegung nicht eingereiht werden, denn bei ihr tritt zu den Begriffsmerkmalen einer Vermögensteuer (Vorhandensein steuerbaren Vermögens in der Hand einer durch Wohnsitz an ein Land gebundenen Person) noch das Erfordernis einer Handlung, die sich begriffsmäßig immer nur auf ein Land beziehen kann. Ein StPfl. kann zwar Wohnsitze in mehreren Ländern haben und damit mehrfacher Besteuerung ausgesetzt sein. Wird er aber von einem Land besteuert, weil er seinen dortigen Wohnsitz aufgegeben hat, so kann der gleiche Vorgang keinem anderen Land Anlaß zur Besteuerung geben, und damit ist in einem solchen Fall kein Anlaß zu Maßnahmen zur Verhütung einer doppelten Besteuerung gegeben. Dem steht nicht entgegen, daß das Vermögen die Bemessungsgrundlage der Reichsfluchtsteuer ist. Dieser Umstand hat mit dem Wesen der Reichsfluchtsteuer nichts zu tun, es wäre auch ein anderer Maßstab denkbar (vgl. auch Seweloh: StW. 1934, 1159/60; 1935, 401/402).

Auch in der Frage der Anwendbarkeit der neuen Vorschr. über die Hinzurechnung des halben Aktienwerts ist dem RFM. (und dem FinA.) beizutreten. Wenn Art. 2 Abs. 2 Ges. v. 18. Mai 1934 vorschreibt, daß die Reichsfluchtsteuerschuld bei nichtfristgemäßem Nachweis am 1. Juli 1934 „von neuem entsteht", so kann das nur so zu verstehen sein, daß die Steuer so erhoben werden soll, als wenn der inländische Wohnsitz am 1. Juli 1934 aufgegeben worden wäre. Dann müssen aber auch die an diesem Tage geltenden Vorschr. über die Hinzurechnung angewendet werden. Daß dies der Wille des Gesetzgebers gewesen ist, ergibt auch der MinErl. v. 19. Mai 1934, S 1915 — 404 III (RStBl. 1934, 603), Ziff. 4 Abs. 3: „Für die Höhe dieser neuen Reichsfluchtsteuer ist der letzte Vermögensteuerbescheid unter Berücksichtigung der Hinzurechnungen (§ 3 Abs. 3 Ziff. 1 bis 5 der Vorschr.) maßgebend."

Wenn die StPfl. hier von einem Wiederaufleben der durch die tatsächliche Wohnungsaufgabe ausgelösten, dann aber infolge der Wiederanmeldung weggefallenen Steuer sprechen wollen, so kann dem nicht beigetreten werden. Sie entziehen damit auch ihren Ausführungen zur Hauptfrage die Grundlage. Denn wenn sie die alte Steuer zur Grundlage nehmen wollen, müssen sie das auch in allen Punkten tun. Im Herbst 1933 hatten sie aber noch keinen Wohnsitz in Italien, und damit entfielen alle Erörterungen über die Doppelbesteuerung.

Die Anrechnung der nach der Auswanderung gezahlten Steuern haben die Vorbehörden mit Recht abgelehnt. Maßgebend für die Berechnung der Steuer ist der Stand des Vermögens vom 1. Jan. 1931. Mit Erstattungsansprüchen darf die Steuerberechnung nicht verquickt werden.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 18. Juli 1935, III A 24/35 S.)
⟨= RFH. 38, 140.⟩

*

59. § 1 Abs. 2 Satz 3, TarNr. 18 Ziff. 2 PrStempStG. Empfangsbescheinigungen, in denen jemand anerkennt, von der Bank ein Heft mit Scheckvordrucken erhalten zu haben, und sich mit den abgedruckten Bestimmungen einverstanden erklärt, unterliegen regelmäßig nicht dem allgemeinen Vertragsstempel.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 16. Aug. 1935, II A 323/34.)

*

60. § 4 RAbgO. 1931; § 1 Abs. 1 Nr. 5 u. 6 des Brem. Firmen- u. GewStG. v. 1924 und § 15 i. d. Fass. des Brem. Ges. v. 5. Dez. 1929 (BremGBl. 1929, 289).

a) Die Vorschriften des Bremischen Firmen- und Gewerbesteuerrechts sind, soweit sie mit den Vorschriften der RAbgO. in Widerspruch stehen, durch das in Bremen am 1. April 1933 in Kraft getretene StAnpG. (VO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 Teil 3 Kap. IV [RGBl. 515, 545]) außer Kraft gesetzt worden.

b) Der Lotterieeinnehmer der Preußisch-Süddeutschen Klassenlotterie ist in Bremen nicht gewerbesteuerpflichtig.

Der StPfl. ist Lotterieeinnehmer der Preußisch-Süddeutschen Klassenlotterie in Bremen. Er vertreibt außerdem noch in geringem Umfang sogenannte kleine Lose (Wohlfahrtslose). Das FinA. hat ihn für das Steuerjahr 1934 (1. April 1934 bis 31. März 1935) zu 1200 RM bremischer Firmen- und Gewerbesteuer herangezogen. Im Einspruchsverfahren hat es die Steuer auf 600 RM ermäßigt.

Das FinGer. hat den StPfl. freigestellt. Im Gegensatz zur Auffassung des FinA. hat es zunächst die Zulässigkeit der Ber. in Gemäßheit des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betr. die Firmen- und Gewerbesteuer v. 5. Dez. 1929 (BremGBl. 289) bejaht, weil der StPfl. grundsätzlich völlige Steuerfreiheit beansprucht habe. Zur Frage der Steuerpflicht hat es ausgeführt, daß der StPfl. nur insoweit einen Gewerbebetrieb ausübe, als er die kleinen Lose vertreibe. Da der Ertrag hieraus jedoch unter 2000 RM bleibe, komme eine Steuerpflicht hierfür nicht in Betracht. Seine Tätigkeit als staatlicher Lotterieeinnehmer sei nicht steuerpflichtig, weil er als Angestellter der Preußisch-Süddeutschen Klassenlotterie keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit i. S. des Gewerbesteuerrechts ausübe. Steuerpflichtig könne nach § 1 Abs. 1, 5 und 6 Brem. Firmen- und GewStG. nur eine wirtschaftlich selbständige Tätigkeit sein.

Die RBeschw. des FinA. ist unbegründet.

Unbegründet ist zunächst die Auffassung des FinA., seine Entsch. sei gem. § 15 Abs. 2 Brem. Firmen- und GewStG. i. d. Fass. des Ges. v. 5. Dez. 1929 eine endgültige gewesen, weil der Einspruch sich nur gegen die Art der Einreihung und gegen die Höhe der Umlegung gerichtet hätte. Nach § 4 Abs. 1 der 2. VO. über die Hinausschiebung des Inkrafttretens des Grundsteuer- und GewStRahmG. v. 12. April 1933 (RGBl. I, 200) sind im Lande Bremen die die Grundsteuer und Gewerbesteuer betr. Vorschr. des StAnpG. am 1. April 1933 in Kraft getreten (vgl. auch § 5 Nr. 3 der 3. VO. v. 2. Febr. 1934 usw. [RGBl. 1934, 84]). Nach § 3 a StAnpG. (VO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930, Teil 3 Kap. IV [RGBl. 515, 545]) gelten für die Realsteuern, soweit diese Steuern von FinA. und LFinA. verwaltet werden, die Vorschr. der RAbgO. Damit sind also die früheren Vorschr. des bremischen Firmen- und Gewerbesteuerrechts, soweit sie mit den Vorschr. der RAbgO. in Widerspruch stehen, außer Kraft gesetzt worden. Das gilt namentlich auch hinsichtlich der nach § 15 Brem. Firmen- und GewStG. i. d. Fass. des Ges. v. 5. Dez. 1929 (BremGBl. 289) bestehenden Beschränkung des Rechtsmittelzugs. Das Berufungsverfahren war daher im vorl. Falle nach den Vorschr. der RAbgO. zulässig. Die Zuständigkeit des RFH. ergibt sich aus Art. 1 Nr. 14 StAnpG. betr. Änderung des § 32 Abs. 4 RAbgO. (§ 52 Abs. 4 RAbgO. 1931; siehe auch Entsch. RFH. 37, 265).

Zutreffend hat das FinGer. ausgeführt, daß der StPfl. mit seiner Haupttätigkeit als staatlicher Lotterieeinnehmer nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 und 6 Brem. Firmen- und GewStG. steuerpflichtig sei, weil er mit dieser Eigenschaft keine selbständige Tätigkeit ausübe. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 Brem. Firmen- und GewStG. unterliegen die Inhaber der stehenden Gewerbe der Steuerpflicht. Im

Gegensatz zu anderen Gewerbesteuergesetzen, z. B. auch zum GewStRahmG. (§ 2 Abs. 1) hat das bremische Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich um ein selbständiges stehendes Gewerbe handeln müsse. Es fragt sich, ob diese Voraussetzung nicht trotzdem erfüllt sein muß. Das ist zu bejahen. Der Begriff „Gewerbebetrieb" schließt den Begriff der Selbständigkeit ohne weiteres in sich. Den Gegensatz zur gewerblichen Tätigkeit bildet die auf Grund eines Anstellungs- oder Dienstvertrags geleistete Tätigkeit, die rechtlich und wirtschaftlich nicht als Gewerbe angesehen wird. Dementsprechend hat allgemein das Gewerbesteuerrecht die unselbständige Tätigkeit grundsätzlich nicht der Gewerbesteuer unterworfen (Urt. des RFH., IV A 36/34 v. 18. Juli 1934: JW. 1934, 2808[9]; Mrozeks Kartei, Nr. 4 zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 GewStRahmG. und Entsch. RFH. 32, 207). Der Senat ist der Auffassung, daß das bremische Recht von dieser Regelung in § 1 Abs. 1 Nr. 5 keine Ausnahme gemacht hat, zumal in § 2 Nr. 2 des Gesetzes die in öffentlichen oder privaten Diensten stehenden Beamten und Angestellten ausdrücklich von der Steuerpflicht ausgenommen sind. Als Einnehmer der Preußisch-Süddeutschen Staatslotterie übt der StPfl. aber, wie der Senat in der bereits erwähnten Entsch. RFH. 32, 206 näher ausgeführt hat, keine selbständige Tätigkeit aus und ist daher nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 mit dieser Tätigkeit auch nicht steuerpflichtig.

Aber auch aus § 1 Abs. 1 Nr. 6 läßt sich seine Steuerpflicht nicht herleiten. Nach dieser Vorschr. sind steuerpflichtig die im bremischen Staatsgebiet ihren Beruf ausübenden Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Architekten und Ingenieure, sowie alle Personen, welche in Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit dauernd Angestellte beschäftigen, mit derselben Einschränkung wie zu Nr. 5. Das Gesetz gibt auch hier keine ausdrückliche Aufklärung darüber, ob es sich bei den genannten Personen um eine wirtschaftlich selbständige Tätigkeit handeln muß. Der Senat ist jedoch der Auffassung, daß diese Voraussetzung auch hier erfüllt sein muß. Die in der Vorschr. aufgeführten Berufsarten deuten darauf hin, daß der Gesetzgeber grundsätzlich hierbei an die Angehörigen der sogenannten freien Berufe gedacht hat, die er der Gewerbesteuerpflicht unterwerfen wollte, wie dies in anderen Ländergewerbesteuergesetzen und z. B. im GewStRahmG. (§ 3 Abs. 1 Nr. 2) inzwischen geschehen ist. Bei den freien Berufen handelt es sich aber grundsätzlich um die Ausübung einer wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit. Eine solche liegt in der Regel auch bei solchen Personen vor, welche in ihrer Erwerbstätigkeit dauernd Angestellte beschäftigen und vom Gesetz gleichfalls für gewerbesteuerpflichtig erklärt werden. Ein wirtschaftlich Unselbständiger pflegt in seiner Erwerbstätigkeit selbst keine Angestellten zu beschäftigen. Von dieser Regel gibt es allerdings auch Ausnahmen, wie gerade der vorl. Fall zeigt. Diese Ausnahmen sprechen aber noch nicht dafür, daß der Gesetzgeber im Falle des § 1 Abs. 1 Nr. 6 auch unselbständige Personen der Steuerpflicht hat unterwerfen wollen. Hiergegen spricht namentlich die bereits erwähnte Vorschr. des § 2 Nr. 2 des Gesetzes, die Beamte und Angestellte grundsätzlich von der Steuerpflicht ausschließt. Würde der Gesetzgeber im Gegensatz zur Regel auch unselbständige Personen der Steuerpflicht haben unterwerfen wollen, so hätte er das im Gesetz deutlich zum Ausdruck bringen müssen. An dieser Rechtslage vermag auch entgegen der Auffassung der RBeschw. nichts zu ändern, daß gem. § 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. 1934 die Einkünfte der staatlichen Lotteriereinnehmer, wenn sie nicht Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind, im Gegensatz zum früheren EinkStG. zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit zählen. Wie sich aus der Begr. zum neuen EinkStG. ergibt, ist die Vorschr. u. a. „mit Rücksicht auf das zukünftige Berufssteuergesetz" getroffen worden (Begr. zum neuen EinkStG. § 18: RStBl. 1935, 33 [43]). Sie weist also auf die zukünftige Ausgestaltung des Gewerbe- und Berufssteuergesetzes hin. Auf das z. Z. geltende bremische Firmen- und Gewerbesteuerrecht können diese Grundsätze noch nicht übertragen werden. Im Ergebnis war daher der Auffassung des BG., wonach der StPfl. keine gewerbesteuerpflichtige Tätigkeit ausübt und von der Steuerpflicht freizustellen ist, beizutreten.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 10. Juli 1935, IV A 64/35.)

*

61. §§ 46 Abs. 1, 47 Abs. 1, 75, 78, 229, 261, 263 Abs. 2, 266 Nr. 2, 268, 285 Nr. 1, 287 Nr. 1 RAbgO. n. F.

Örtlich zuständig zur Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung ist dasjenige FinGer., zu dessen Bezirk das FinA. gehört, das die mit der Berufung angefochtene Einspruchsentscheidung erlassen hat oder dessen Vorsteher die Einwilligung zur Sprungberufung erteilt hat. An dieser Zuständigkeit des FinGer. ändert sich nichts dadurch, daß für die Besteuerung im übrigen ein anderes FinA. örtlich zuständig wird.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 9. Okt. 1935, VI A 199/35.)

*

62. § 81 Abs. 1 Nr. 2 RAbgO. n. F.; Zusatzprotokoll z. Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen v. 15. Juli 1931 (Bek. v. 12. Febr. 1934, RGBl. II, 37, 52). Hat ein in die Schweiz ausgewanderter deutscher Reichsangehöriger die Reichsfluchtsteuer ordnungsmäßig entrichtet, so ist die Anwendung des Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens v. 15. Juli 1931 (RGBl. 1934, II, 37, 52) nicht deshalb ausgeschlossen, weil nach Ziff. 1 des Zusatzprotokolls zu diesem Abkommen die Bestimmungen des Abkommens keine Anwendung finden auf solche Personen, bei denen die Voraussetzungen für die Entrichtung der Reichsfluchtsteuer vorliegen. In diesem Falle ist daher nicht mehr zu prüfen, ob im Sinne von Ziff. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls die Voraussetzungen für die Erhebung der Reichsfluchtsteuer nur deshalb nicht vorliegen, weil der Steuerpflichtige nach deutschem Steuerrecht wie eine Person mit Wohnsitz in Deutschland behandelt wird.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 26. Sept. 1935, VI A 522/34.)

*

63. §§ 82, 245, 246 RAbgO.; § 2 der VO. über Vereinfachungen bei der Zusendung von Bescheiden im Besteuerungsverfahren. Bei Zusendung von Bescheiden durch einfachen Brief gilt die Bekanntgabe mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post auch dann als bewirkt, wenn der dritte Tag auf einen Sonn- oder einen Feiertag fällt.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 17. Okt. 1935, III e A 73/35.)

*

64. §§ 248, 258, 278, 288 RAbgO. Erklärt der Steuerpflichtige im Berufungsverfahren, er wolle bestimmte, unter Umständen rechtserhebliche Behauptungen nicht mehr geltend machen, so ist es kein Verfahrensmangel, wenn das FinGer. diese Einwendungen nicht mehr prüft. Im Rechtsbeschwerdeverfahren kann der Steuerpflichtige wegen des Verbots neuen tatsächlichen Vorbringens auf seine früheren Behauptungen nicht zurückgreifen.

Bei der Veranlagung war zunächst streitig, ob der BeschwF. Zinsen aus Schulden an holländische Gläubiger, die er wegen der Devisenschwierigkeiten nicht bezahlen konnte oder nur zum Teil als bezahlt in seine Rechnungen aufgenommen hat und teilweise auch bezahlt hat, nach § 11 EinkStG. 1925 an seinem Einkommen abziehen darf. Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat der BeschwF. dem FinGer. erklärt, er wolle sich auf die Abzugsfähigkeit der von ihm geschuldeten Zinsen in diesem Verfahren nicht weiter berufen, er mache aber geltend, daß er aus dem Betrieb der Landwirtschaft einen Verlust in der gleichen Höhe wie die Zinsen gehabt habe. Das FinGer. stellte fest, daß der Verlust aus Landwirtschaft nicht ganz so hoch sei, wie der BeschwF. angenommen hatte, und ließ den von ihm festgestellten Verlust zum Abzug zu. Die RBeschw. macht geltend, der BeschwF. habe mit dem Verzicht auf die Geltendmachung des Zinsenabzugs nur versucht, mit dem FinGer. zu einer Verständigung über einen anderweitigen Grund für Abzüge in der gleichen Höhe wie die Zinsen zu kommen. Nachdem aber das FinGer. den Abzug nur zum Teil anerkannt habe, sei die Bedingung für die Einschränkung der Ver. hinfällig geworden und der BeschwF. müsse erneut geltend machen, daß er zum Abzug der Zinsen, sowohl insofern, als sie bezahlt, als auch, als sie noch nicht bezahlt seien, berechtigt gewesen sei.

Die RBeschw. ist nicht begründet.

Die RAbgO. kennt ein Rechtsmittel der Sprungrechtsbeschwerde nicht. Es ist daher nicht möglich, einen Steuerfall unter Umgehung des FinGer. unmittelbar durch den RFH. entscheiden zu lassen. Gegenstand der RBeschw. ist vielmehr der Sach- und Streitstand, wie er sich zur Zeit der Erlassung des finanzgerichtlichen Urt. darstellte. Damals aber hatte der BeschwF. ausdrücklich und vorbehaltslos erklärt, daß er einen Abzug wegen der Zinsen nicht begehre. Das FinGer. hatte daher keinen Anlaß mehr, auf die — offensichtlich übrigens nach seiner Anschauung zu verneinende — Frage der Berechtigung des Zinsenabzugs einzugehen. Es ist also kein Verfahrensmangel, daß das FinGer. nicht geprüft hat, ob und inwieweit dem BeschwF. etwa Zinsen im Verkehr mit seinen holländischen Gläubigern i. S. des § 11 EinkStG. 1925 abgeflossen sind.

Wenn der BeschwF. nun in der RBeschw. erneut vorbringt, er habe Schuldzinsen an seine holländischen Gläubiger bezahlt, oder die Zinsen seien fällig geworden und mangels Transfermöglichkeiten als abgeflossen zu betrachten (§ 11 EinkSt. 1925), so liegt darin ein neues tatsächliches Vorbringen, das nicht oder nicht mehr Gegenstand der finanzgerichtlichen Entsch. im Zeitpunkt dieser Entsch. und nach Maßgabe des damals vorliegenden Sach- und Streitstands sein konnte. Neues tatsächliches Vorbringen in der Rechtsstufe der RBeschw. darf aber der RFH. nach § 288 RAbgO. nicht beachten. Es ist ihm daher auch verwehrt, zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich steuerlich aus dem Sachverhalt hinsichtlich der holländischen Schuldzinsen ergeben könnten.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 26. Sept. 1935, VI A 598/35.)

65. § 248 RAbgO. Ein Rechtsmittelverzicht vor Erlassung des Steuerbescheides ist nur dann zulässig, wenn sich FinA. und Steuerpflichtiger über Grund und Höhe der Steuer einig sind oder doch nach Lage der Sache die Höhe der Steuer bei der Willensentschließung des Steuerpflichtigen keine Rolle mehr spielt.

Der BeschwF. hat, um wieder steuerehrlich zu werden, dem FinA. angegeben, daß er seine Umsätze und Gewinne zu nieder angegeben habe. Er hat in einer Verhandlung mit dem Steuerfahndungsbeamten des FinA. anerkannt, daß seinen Einkünften und Umsätzen bestimmte Beträge für die in Betracht kommenden Jahre zuzusetzen seien und hat dabei auf Rechtsmittel gegen die Steuernachzahlungen verzichtet. Nach den Feststellungen des FinGer. hat der Beamte vor der schriftlichen Verzichtleistung des BeschwF. die in Betracht kommenden Steuerbeträge noch nicht ausgerechnet gehabt und auch erklärt, keine Zahlen nennen zu können; am Schlusse der Verhandlung hat er dem BeschwF. gesagt, die Steuer werde rund 2000 *RM* ausmachen. Tatsächlich berechneten sich die Nachzahlungen auf 4500 *RM*. Der BeschwF. meint, er sei durch die Höhe der Nachzahlungen überrascht worden und hätte die Verzichterklärung nicht abgegeben, wenn er gewußt hätte, daß die Steuer so hoch sei. Der Beamte sei verpflichtet gewesen, einen annähernd richtigen Überschlag über die Höhe der nachzufordernden Steuern zu geben. Ohne dies habe der BeschwF. sich über die Tragweite seiner Erklärung kein Bild machen können. Er fühle sich von dem FinA. hineingelegt. Das widerspreche Treu und Glauben und der Volksanschauung. Niemand werde auf etwas verzichten, das er noch gar nicht kenne.

Die RBeschw. ist begründet.

Der RFH. hat zwar in zahlreichen Entsch. ausgesprochen, daß ein Verzicht auf Rechtsmittel auch dann erklärt werden kann, wenn die Behörde den Steuerbescheid noch nicht erlassen hat. Dies setzt aber voraus, daß die Steuerpflicht dem Grunde und der Höhe nach erkennbar feststeht und der Steuerpflichtige nicht gewissermaßen eine Blankovollmacht für die Steuerbehörde unterschreibt. Im vorl. Falle aber hat der verhandlungsführende Beamte ausdrücklich trotz Frage des BeschwF. zunächst eine Erklärung über die Höhe der in Betracht kommenden Steuern abgelehnt, trotzdem aber den BeschwF. auf Rechtsmittel verzichten lassen und auch nach Schluß der Verhandlung dem BeschwF. eine unzureichende und offenbar irrtümliche Auskunft über die Höhe der Steuer gegeben. Das ist gegenüber einem geschäftsungewandten und durch Rechtskundige nicht vertretenen einfachen Handwerksmeister ein nicht angängiges Verfahren. Ein Rechtsmittelverzicht vor Erlassung des Steuerbescheids ist nur dann zulässig, wenn sich FinA. und Steuerpflichtiger über Grund und Höhe der Steuer einig sind oder doch nach Lage der Sache die Höhe der Steuer zweifellos bei der Willensentschließung des Steuerpflichtigen keine Rolle mehr spielt. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn der Beamte dem Steuerpflichtigen über die Höhe der Steuer trotz Frage keine Auskunft zu geben vermag oder die erteilte Auskunft unrichtig oder unvollständig ist. Im Regelfall muß daher der Betrag der Steuer (wenigstens überschläglich) in die Verhandlungsschrift über den Verzicht aufgenommen werden. Der von dem BeschwF. erklärte Rechtsmittelverzicht ist unter diesen Umständen bedeutungslos.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 26. Sept. 1935, VI A 671/35.)

*

✕ **66.** §§ 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 AnhaltGewStG. v. 19. April 1933 (AnhaltGS. 25). Bei der Heranziehung einer landwirtschaftlichen Brennerei zur anhaltischen Gewerbekapitalsteuer, die als Nebenbetrieb zusammen mit dem landwirtschaftlichen Vermögen der Einheitsbewertung unterworfen worden ist, sind die der Gewerbekapitalsteuer unterliegenden Gegenstände nach den Grundsätzen des RBewG. 1931 über die Bewertung des gewerblichen Betriebsvermögens nach dem gemeinen Werte zu bewerten.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 25. Sept. 1935, IV A 39/35 S.)

Pressegerichtshof

67. § 38 VerfO. für die Berufsgerichte der Presse v. 18. Jan. 1934 (RGBl. I, 40). Die Entscheidung über die Auslagenerstattung kann nur zugleich mit der Entscheidung über die Hauptsache angefochten werden. Eine Beschwerde, die gegen die Ablehnung der Auslagenerstattung nach Ablauf der für die Rechtsbeschwerde gegen die Hauptentscheidung laufenden Frist eingeht, ist daher ohne sachliche Prüfung zurückzuweisen. †)

In dem Einspruchsverfahren des BeschwF., das sich gegen die vom Leiter des Landesverbandes verfügte Löschung in der Berufsliste der Schriftleiter richtete, ist diese Löschung durch Urt. des Bezirksgerichts der Deutschen Presse in D. v. 10. April 1935 für unbegründet erklärt worden. In dem mit der RBeschw. nicht angefochtenen und daher in Rechtskraft übergegangenen Urteil des Bezirksgerichts ist gem. § 38 VerfO. über die Kosten des Verfahrens entschieden worden, und zwar sind diese dem Reichsverband der Deutschen Presse auferlegt worden.

Nachträglich hat der BeschwF., ohne RBeschw. gegen das erwähnte Urteil einzulegen, bei dem Bezirksgericht beantragt, ihm die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts entstandenen Unkosten zu erstatten bzw. die Erstattung dem Reichsverband der Deutschen Presse aufzuerlegen, da die Beauftragung notwendig gewesen sei. Diesen Antrag hat das Bezirksgericht durch Beschl. v. 10. April 1935 zurückgewiesen mit der Begründung, daß die Beauftragung eines Rechtsanwalts nicht notwendig gewesen sei. Die Beschw. hatte keinen Erfolg.

Gemäß § 38 Satz 3 VerfO. konnte das Bezirksgericht, da der Einspruch des BeschwF. Erfolg hatte, in seiner Entsch. über den Einspruch dem Reichsverband der Deutschen Presse die Erstattung der dem BeschwF. bzw. dem Einspruch Einlegenden erwachsenen und nunmehr mit der Beschw. begehrten notwendigen Auslagen auferlegen, gleichgültig, ob der BeschwF. in dem Einspruchsverfahren einen dahingehenden Antrag gestellt hatte oder nicht. Das Bezirksgericht hat eine solche Entsch. aber nicht getroffen.

Da aber nach dem Sinn und dem Wortlaut des § 38 VerfO. für eine nachträgliche Sonderentscheidung hinsichtlich der notwendigen Auslagen kein Raum ist, da außerdem die Kostenentscheidung des Urteils nur im Zusammenhang mit der Entsch. in der Hauptsache mit der RBeschw. anfechtbar, eine solche Anfechtung jedoch nicht erfolgt ist, kann in eine Prüfung der Frage, ob dem Antragsteller entstandene notwendige Auslagen dem Reichsverband der Deutschen Presse aufzuerlegen sind, nicht mehr eingetreten werden. Die Beschw. unterlag daher schon aus diesem Grunde der Zurückweisung, ohne daß es eines Eingehens auf die vom Antragsteller gegebene Begründung bedurfte.

(PreßGerH. v. 2. Aug. 1935, R Beschw. 24/35.)

Anmerkung: I. § 38 Satz 3 VerfO. für die Berufsgerichte der Presse v. 18. Jan. 1934 (RGBl. I, 40 ff.) entspricht im wesentlichen dem § 467 Abs. 2 StPO., mit dem Unterschiede, daß § 467 Abs. 2 StPO. die Entsch. über die Auslagenerstattung völlig in das Ermessen des Gerichts stellt, während § 38 Satz 3 VerfO. die Erstattung nur in besonderen Fällen vorsieht.

Die Entsch. über die Auslagenerstattung hat nach § 38 Satz 1 VerfO. zugleich mit der Entsch. über die Hauptsache zu erfolgen. Diese Regelung entspricht sowohl dem § 464 StPO. als auch den in den übrigen Verfahrensgesetzen ergangenen Regelungen. Jede Entsch. muß selbst darüber Auskunft geben, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Wenn das Gericht nicht über die Auslagenerstattung an den freigesprochenen Angekl., die ja auch nach der StPO. in sein Ermessen gestellt ist, ausdrücklich entschieden hat, so muß dies als eine Ablehnung des gestellten Antrages auf Auslagenerstattung aufgefaßt werden (vgl. OLG. Hamburg: LZ. 1916, 776; KG.: JW. 1931, 2050). Wenn dagegen kein besonderer Antrag auf Auslagenerstattung gestellt ist, so ist eine Entsch. über die Auslagenerstattung in dem Urteil auch nicht notwendig (vgl. Gründel-Hartung-Lingemann-Niethammer, Erl. 2 zu § 467 StPO.). Wenn ein Antrag auf Auslagenerstattung gestellt ist, so muß auch hierüber entschieden werden. Die Übergehung dieses Antrages rechtfertigt die Rev. (vgl. Dalcke, Erl. 6 zu § 467 StPO.; OLG. Rostock: HöchstRRspr. 1928 Nr. 1545; OLG. Hamburg: HöchstRRspr. 1928 Nr. 2064).

Auf jeden Fall ist die Entsch. über die Auslagenerstattung nicht gesondert anfechtbar, sondern nur mit dem gegen die Hauptentscheidung einzulegenden Rechtsmittel. Dies ergibt sich aus der abhängigen (akzessorischen) Natur der Entsch. über die Auslagenerstattung. Insoweit hat der Pressegerichtshof in seiner Entsch. recht. Es ist dies auch in der Rspr. unbestritten. Es kann demgemäß ein freisprechendes Urteil nur wegen der Ablehnung oder der Übergehung der Auslagenerstattung mit der Berufung und der Rev. angefochten werden (vgl. die oben aufgeführten Entscheidungen; ferner Gründel-Hartung-Lingemann-Niethammer, Erl. 2 zu § 467 StPO.; RGSt. 45, 63; BayObLG.: HöchstRRspr. 1925, 972; OLG. Hamburg: JW. 1930, 3448).

Ja selbst dann, wenn die Entsch. über die Auslagenerstattung wie im vorl. Fall versehentlich anstatt in der Hauptentscheidung selbst in einem nachträglichen Beschluß ergeht, wird durch dieses Versehen nichts an der abhängigen Natur der Entsch. über die Auslagenerstattung geändert. Sie ist auch dann nur mit dem gegen die Hauptentscheidung gegebenen Rechtsmittel anfechtbar, da sie, auch wenn sie besonders ergeht, stets einen Teil der Hauptentscheidung bildet (vgl. RG.: JW. 1931, 1489 = HöchstRRspr. 1931 Nr. 176).

II. Im vorl. Fall ist die Entsch. über die Auslagenerstattung ebenfalls am 10. April 1935, dem Tage der Hauptentscheidung, ergangen. Der Beschluß über die Ablehnung der Auslagenerstattung ist aber erst nach Ablauf der gegen die Hauptentscheidung laufenden Rechtsbeschwerdefrist dem RA. Dr. Sch. am 17. Juni 1935 zugestellt worden.

Am 18. Juni 1935 hat dieser gegen diesen Beschluß Beschw. eingelegt. Unter diesen Umständen muß unter Berücksichtigung der oben aufgeführten Rspr. die Entsch. des Pressegerichtshofes als verfehlt angesehen werden. Es hätte das Bezirksgericht die Entsch. über die Ablehnung der Auslagenerstattung in die Hauptentscheidung einfügen oder zum mindesten mit dieser zusammen zustellen müssen. Wenn dies offenbar durch ein Versehen der Geschäftsstelle des Bezirksgerichts nicht geschah, sondern wenn die Entsch. über die Auslagenerstattung erst nach Ablauf der gegen die Hauptentscheidung laufenden vierwöchigen Rechtsbeschwerdefrist (§ 41 VerfO.) zugestellt worden ist, so kann für diesen Fehler des Bezirksgerichts nicht die Partei des ihr an sich gegen diese Entsch. zustehenden Rechtsmittels verlustig gehen! Das Gericht kann auf keinen Fall die Folgen seiner Nachlässigkeit auf die Parteien abwälzen. Es muß vielmehr in diesem Falle so angesehen werden, als ob die Hauptentscheidung, deren Teil die Entsch. über die Auslagenerstattung bildet, insoweit erst am 17. Juni 1935 zugestellt worden sei. Von diesem Tage an kann auch erst die gegen diesen Teil der Entsch. laufende Rechtsmittelfrist in Gang gesetzt werden.

Auch im Zivilprozeßverfahren läuft die Frist zur Anfechtung des über den Kostenpunkt nachträglich entscheidenden Ergänzungsurteiles nach § 321 ZPO. erst von der Zustellung des Ergänzungsurteiles an (vgl. Baumbach, Erl. 4 B; Stein-Jonas, Erl. IV zu § 321 ZPO.). Es beginnt sogar nach § 517 ZPO. in diesem Fall der Lauf der Berufungsfrist gegen das noch nicht rechtskräftig gewordene Haupturteil von neuem!!

Die gegen den gesondert ergangenen Beschluß über die Auslagenerstattung eingelegte Beschw. war daher als eine rechtzeitig eingelegte RBeschw. aufzufassen und demgemäß sachlich zu prüfen. Die Zurückweisung der Beschw. ohne sachliche Nachprüfung wegen Fristablaufes ist unbillig und rechtsirrig.

RA. Dr. Waldemar Spatz, Berlin.

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

**O 68. § 189 Abs. 1 RVO.; §§ 56, 57 ArbOG. Zum Arbeitsentgelt i. S. des § 189 Abs. 1 RVO. gehört nicht eine dem Versicherten nach der Beendigung des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses im Hinblick auf §§ 84, 87 Abs. 1 BetrRG. (§§ 56, 57 ArbOG.) gewährte Abgangsentschädigung.

Nach § 87 Abs. 1 BetrRG. hat das ArbG., wenn sein Urteil dahin geht, daß der Einspruch des Arbeitnehmers gegen die Kündigung gerechtfertigt ist, zugleich dem Arbeitgeber eine Entschädigungspflicht aufzuerlegen für den Fall, daß er die Weiterbeschäftigung ablehnt. Im vorl. Fall haben die Parteien, nachdem ein dem § 87 Abs. 1 BetrRG. entsprechendes Urteil in erster Instanz ergangen war, in zweiter Instanz einen gerichtlichen Vergleich geschlossen. Hiernach hat sich die Arbeitgeberin verpflichtet, statt der vom ArbG. festgesetzten Entschädigung von 1000 RM eine solche von zusammen 860 RM zu bezahlen. Diese im Wege des Vergleichs festgesetzte Entschädigungssumme ist, da sie in einem im Hinblick auf die §§ 84, 87 BetrRG. eingeleiteten Gerichtsverfahren und unter Bezugnahme auf diese Vorschr. festgesetzt wurde, die Höhe der Entschädigung auch nicht höher festgelegt wurde, als sie nach § 87 Abs. 1 S. 2 BetrRG. vom Gericht hätte festgesetzt werden können, rechtsbegrifflich genau so anzusehen, wie wenn es sich um eine vom ArbG. in einem Urteil rechtskräftig festgesetzte Entschädigungssumme handelte. Es fragt sich also, ob eine solche dem Kl. gewährte Entschädigung als Arbeitsentgelt, gegebenenfalls für welche Zeit, aufzufassen ist. Nach der Rspr. des RVersA. (vgl. Entsch. 4300: RVersNachr. 1932, IV 80 = EuM. 31, 446 Nr. 187) kann unter Arbeitsentgelt i. S. des § 189 Abs. 1 RVO. nur eine solche Leistung des Arbeitgebers an den Versicherten verstanden werden, welche die Gegenleistung für eine Arbeitsleistung des Versicherten im Rahmen des seinen Anspruch auf Kranken- oder Hausgeld begründenden Beschäftigungsverhältnisses darstellt. Die im § 87 BetrRG. genannte Entschädigung wird für eine Zeit bezahlt, in der ein Beschäftigungsverhältnis nicht mehr besteht. Die Entschädigung, die zu zahlen ist, bemißt sich ihrer Höhe nach nach der Zeit, in der der Berechtigte im Betriebe beschäftigt war. Hieraus folgt, daß die Entschädigung kein Entgelt für geleistete Arbeit, sondern eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes ist (vgl. Entsch. des RArbG.: BenshSamml. 9, 421 und Entsch. des RVersA. 3256: RVersNachr. 1928, IV 302 = EuM. 23, 133 Nr. 58). Aber nicht nur begrifflich, sondern auch sinngemäß kann die Entschädigung i. S. des § 87 BetrRG. nicht als Arbeitsentgelt aufgefaßt werden. Nach dem Sinn des § 189 Abs. 1 RVO. soll das Krankengeld dann ruhen, wenn in der Krankheitszeit die Bestreitung des Lebensunterhaltes durch Lohn- oder Gehaltsempfang sichergestellt ist. Die Entschädigung des § 87 BetrRG. kann, obwohl sie dafür gezahlt wird, daß der Empfänger keinen Lohnanspruch hat, dem Arbeitsentgelt i. S. des § 189 RVO. nicht gleichgestellt werden, da sie eine Entschädigung für eine ganz unbestimmte Zeit wegen Verlusts der Arbeitsstelle bildet, der insbes. bei älteren Angestellten und Arbeitern von sehr langer Dauer sein kann. Durch den Bezug der Entschädigung ist die Bestreitung des Lebensunterhalts deshalb für die Zeiten der Krankheit nicht sichergestellt.

(RVersA., 2. RevSen. [KnappSen.], Urt. v. 26. Juni 1935, IIIa Kn 564/34[2].) [K.]

*

**O 69. § 214 RVO. ist nach § 19 Abs. 1 AusfVorschr. v. 2. Aug. 1932 zur ADVO. v. 16. Juli 1932 (RGBl. I, 160) auf aus dem freiwilligen Arbeitsdienst Ausgeschiedene entsprechend anwendbar. Der Ausdruck ausscheiden „wegen Erwerbslosigkeit" in § 214 RVO. ist ungenau; er bedeutet, daß der Versicherte beim Ausscheiden aus der Krankenkasse erwerbslos sein, die Erwerbslosigkeit sich also unmittelbar an das Ausscheiden anschließen muß (vgl. RVO. von Mitgliedern des RVersA. Anm. 3 zu § 214). Diese Voraussetzung kann bei Personen, die auf Grund ihrer Zugehörigkeit zum freiwilligen Arbeitsdienst Kassenmitglieder waren, in gleicher Weise erfüllt sein wie bei sonstigen Kassenmitgliedern.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 23. Mai 1935, IIa K 101/34[1].) [K.]

*

**O 70. § 420 Abs. 2 RVO. ist sinngemäß anwendbar, wenn der auf ein Jahr abgeschlossene Arbeitsvertrag vorzeitig gelöst worden ist. Hat in einem solchen Falle der über die Lösung des Vertrages hinaus kranke und arbeitsunfähige Versicherte vom Arbeitgeber Sachbezüge für die weitere Dauer der Arbeitsunfähigkeit erhalten, so muß er sich deren Wert auf den Betrag des Krankengeldes anrechnen lassen.

§ 420 Abs. 2 RVO. hat lediglich den Fall im Auge, daß der auf ein Jahr abgeschlossene Arbeitsvertrag auch tatsächlich ein volles Jahr läuft, der Versicherte noch während der Geltungsdauer des Vertrages erkrankt ist und die Erkrankung über den Vertragsablauf hinaus sich erstreckt; für diesen Fall soll mit dem Ende des Vertrags die Leistungspflicht der Kasse wieder eintreten. Dieser Sachverhalt ist vorliegend nicht gegeben, vielmehr ist der auf ein Jahr abgeschlossene Vertrag durch fristlose Entlassung des Kl. vorzeitig gelöst worden, und dieser war über die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus krank und arbeitsunfähig. Ein solcher Fall ist im Gesetz überhaupt nicht geregelt. Zur Ausfüllung dieser Lücke im Gesetz ist die Rspr. berufen. An sich wäre der vom OVersA. eingenommene Standpunkt vertretbar. Das Ergebnis, daß der Arbeitgeber von Anfang der Beschäftigung an den Unterschiedsbetrag der Kassenbeiträge nachzahlen muß, wäre jedoch unbillig in Fällen, wo er seinen vertragsmäßigen Leistungen bis zum Wegfall der Arbeitsunfähigkeit, jedenfalls aber über die tatsächliche Geltung des Arbeitsvertrags hinaus nachgekommen ist, und andererseits wäre es auch unbegründet, dem Versicherten neben den Sachbezügen, die der Arbeitgeber im voraus gewährt hat, während der Arbeitsunfähigkeit auch noch das volle Krankengeld zu zahlen. Der Billigkeit entspricht es vielmehr, den § 420 Abs. 2 sinngemäß anzuwenden, dabei aber den Wert der vorausgewährten Sachbezüge, welche der Versicherte über die vorzeitige Lösung des Vertrags hinaus für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitgeber erhalten hat, auf den Betrag des Krankengeldes anzurechnen. Sind bis zum Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit dem Kl. die Sachbezüge bereits in Höhe des Krankengeldes gewährt worden, so hat er hiernach keinen Anspruch mehr gegen die Kasse. Hat er Sachbezüge in geringerem Wert erhalten, so muß ihm ein entsprechender Teil des Krankengeldes nachgezahlt werden, hat er überhaupt keine Sachbezüge für die in Betracht kommende Zeit erhalten, so hat er Anspruch auf das volle Krankengeld. Entsprechend begrenzt sich auch die Erstattungspflicht des Arbeitgebers.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 6. Sept. 1935, IIa K 154/34[1].) [K.]

*

**** O 71.** §§ 1263 Abs. 1 Ziff. 3, 1266 Abs. 1 Ziff. 2 RVO. Kriegsdienstzeiten i. S. dieser Vorschriften gelten als Ersatzzeiten für die Erhaltung der Anwartschaft auch im Falle der Selbstversicherung und Weiterversicherung.

Das geht aus der Fassung des § 1266 Abs. 1 RVO. hervor, der unter Nr. 1 für Krankheitszeiten das Erfordernis der Anrechenbarkeit auf die Wartezeit aufstellt, während er unter Nr. 2 die Kriegsdienstzeiten schlechthin als Ersatzzeiten für die Erhaltung der Anwartschaft aufzählt, also das für die Krankheitszeiten unmittelbar vorher vorgeschriebene Erfordernis, daß sie auch auf die Wartezeit anrechenbar seien, nicht wiederholt. Daß hier vorherige versicherungspflichtige Beschäftigung nicht vorausgesetzt wird, kann weiter auch aus § 1266 Abs. 1 Nr. 5 RVO. geschlossen werden, wo Zeiten der Kriegskrankenpflege uneingeschränkt als Ersatzzeiten für die Erhaltung der Anwartschaft anerkannt sind, denn es ist nicht anzunehmen, daß die gleiche Vergünstigung den übrigen Kriegsteilnehmern versagt werden sollte. Auf diesem Standpunkt steht auch das Schrifttum (vgl. Komm. zur RVO., herausgegeben vom Reichsverband Deutscher Landesversicherungsanstalten 1935, Anm. 6 zu § 1266 und Komm. zur VO. v. 17. Mai 1934 von Eckert, Hoffmeister und Dobbernack, S. 122 Abs. 2).

(RVersA., 5. RevSen., Urt. v. 8. Juli 1935, IIa 945/35[5].) [K.]

*

**** O 72.** §§ 1531, 1543a RVO.; § 123 Abs. 1 Satz 2 ArbVermG. Der Ersatzanspruch aus § 1531 RVO. ist auch dann gegeben, wenn ein Träger der Armenfürsorge nach gesetzlicher Pflicht einen Hilfsbedürftigen für eine Zeit unterstützt, für die letzterer auf Grund des § 123 Abs. 1 Satz 2 ArbVermG. einen Anspruch gegen eine Ersatzkasse hat.

Die beklagte Ersatzkasse hatte den Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes abgelehnt, weil der hilfsbedürftige Arbeitslose, der ihr Mitglied geblieben war, als Weiterversicherter nicht auf Grund der Reichsversicherung bei ihr versichert gewesen sei und daher keinen Anspruch nach der RVO. gegen sie gehabt habe. Das RVersA. ist dem nicht beigetreten. Zwar treffen die Ausführungen der Kasse hinsichtlich der Weiterversicherung von Ersatzkassenmitgliedern im allgemeinen zu (vgl. Entsch. 4843: ANachrfRVers. 1935, IV 42 = EuM. 37, 84 Nr. 24 = JW. 1935, 318[2]). Jedoch ist übersehen, daß nach dem klaren Wortlaut des § 123 Abs. 1 S. 2 ArbVermG. Mitglieder von Ersatzkassen bei diesen Mitglieder bleiben können. Diese Vorschr. ist als Sondervorschrift anzusehen, geht also den allgemeinen Grundsätzen hinsichtlich der Weiterversicherung von Ersatzkassenmitgliedern vor. Arbeitslose, die von dem Recht des § 123 Abs. 1 S. 2 Gebrauch gemacht haben, haben also mit dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nichts zu tun, sie sind nach wie vor Mitglieder der Ersatzkasse. Da ferner nach § 1543 a RVO. auch für die Ersatzkassen der Krankenversicherung gilt, was im 5. Buch für die Krankenkassen (§ 225 RVO.) vorgeschrieben ist, so ist § 1531 RVO. auch anwendbar, soweit es sich um Ersatzkassenmitglieder handelt. Hieraus ergibt sich, daß der Ersatzanspruch des Bezirksfürsorgeverbandes begründet ist.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 29. Mai 1935, IIa KE 118/33[1].) [K.]

*

73. § 3 AngVersG. Dienstkleidung, die der Arbeitgeber stellt, zählt dann zum versicherungspflichtigen Entgelt, wenn der Arbeitnehmer dadurch Ausgaben erspart.

(RVersA., 2. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 20. Sept. 1935, IIIa Kn 598/34, 2.) [K.]

*

**** O 74.** § 88 ArbVermG.; § 182 Abs. 1 Satz 2 RVO.

1. Für die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit eines nach dem ArbVermG. versicherten Arbeitslosen kommt es für den Bezug der Leistungen der Krankenversicherung nicht auf die Arbeitsfähigkeit i. S. des § 88 Abs. 1 ArbVermG., sondern auf das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit i. S. des § 182 Abs. 1 Nr. 2 RVO. an.

2. Hat der Versicherte längere Zeit vor Eintritt der Erkrankung keine versicherungspflichtige Tätigkeit mehr ausgeübt, so ist der Beruf festzustellen, den er im Zeitpunkt der Erkrankung mutmaßlich ausgeübt haben würde, wenn er damals einem Erwerb durch abhängige Arbeit nachgegangen wäre.

Das ArbVermG. kennt ebenso wie die RVO. die Begriffe „Arbeitsfähigkeit" und „Arbeitsunfähigkeit". Es verbindet jedoch damit einen anderen Sinn als in der Krankenversicherung. Nach § 87 ArbVermG. hat Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung neben anderen, hier nicht in Betracht kommenden Voraussetzungen, wer arbeitsfähig, arbeitswillig und unfreiwillig arbeitslos ist. Arbeitsfähig in diesem Sinne ist nach § 88 Abs. 1 a. a. O., wer imstande ist, durch eine Tätigkeit, die seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht und ihm unter billiger Berücksichtigung seiner Ausbildung und seines bisherigen Berufes zugemutet werden kann, wenigstens ein Drittel dessen zu erwerben, was geistig und körperlich gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegend durch Arbeit zu verdienen pflegen. Der Begriff der Arbeitsfähigkeit im ArbVermG. hat also die gleiche Bedeutung wie der Begriff der Invalidität, nur im umgekehrten Sinne. Mit Rücksicht hierauf ist zu prüfen, ob der Begriff der Arbeitsunfähigkeit sich auch für den Bezug der Leistungen aus der Krankenversicherung der Arbeitslosen ebenfalls nach § 88 Abs. 1 richtet. Die Verneinung dieser Frage ergibt sich schon aus § 88 Abs. 2 a. a. O. Hier unterscheidet der Gesetzgeber deutlich zwischen Arbeitsunfähigkeit i. S. des ArbVermG. und i. S. der Krankenversicherung. Nach Satz 1 dieses Absatzes steht, wenn Empfänger von Arbeitslosenunterstützung durch Krankheit arbeitsunfähig i. S. des § 88 Abs. 1 ArbVermG. werden, für die ersten drei Tage der Krankheit ihre Arbeitsunfähigkeit dem Fortbezug der Arbeitslosenunterstützung nicht entgegen. Für die weitere Versorgung im Falle der Krankheit gelten aber nach § 88 Abs. 2 Satz 2 a. a. O. die Vorschr. der §§ 117 bis 128 (Eintreten der Krankenversicherung). Für den zweiten Krankheitsabschnitt (vom vierten Tage an), in welchem die hauptsächlichste Barleistung der Krankenversicherung, das Krankengeld, beginnt, wird demnach nicht die Erwerbsunfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsfelde gefordert, es genügt das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit i. S. des 2. Buches der RVO. Nach § 117 S. 2 ArbVermG. gelten nun für die Krankenversicherung der Arbeitslosen grundsätzlich die Vorschr. der RVO. über Pflichtversicherte, also auch der im 2. Buch der RVO. festgelegte Begriff der Arbeitsunfähigkeit. Somit ist der Begriff der Arbeitsunfähigkeit i. S. des ArbVermG. für den Bezug der Leistungen der Krankenversicherung der Arbeitslosen ausgeschlossen. Auch Erwägungen der Zweckmäßigkeit sprechen schließlich dafür, daß die Arbeitsunfähigkeit bei den dem ArbVermG. unterliegenden Personen nach den Grundsätzen der 2. Buches der RVO. festzustellen ist, wenn es sich um die Leistungen der Krankenversicherung handelt. Sonst würden Arbeitslose, die nicht nach dem ArbVermG. versichert sind, daß Krankengeld schon bei Berufsunfähigkeit erhalten, während bei den übrigen Arbeitslosen der wesentlich schwerere Nachweis der Erwerbsunfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsfelde zu führen wäre, ein Ergebnis, das sicher nicht als wünschenswert und vom Gesetzgeber gewollt bezeichnet werden kann. Schwierigkeiten können sich hierbei nur ergeben, wenn der Versicherte längere Zeit vor Eintritt der Erkrankung keine versicherungspflichtige Tätigkeit mehr ausgeübt hat. Daß sich der arbeitsunfähig Erkrankte nicht auf eine selbständige Tätigkeit, die er etwa zuletzt ausgeübt hat, verweisen zu lassen braucht, folgt daraus, daß hierbei immer nur eine Tätigkeit in Betracht kommen kann, die überhaupt ihrer Art nach der Krankenversicherungspflicht unterliegt. In Fällen dieser Art ist ferner die an sich grundsätzlich auch hier geltende Regel, daß bei der Frage nach dem Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit der letzte Beruf vor der Erkrankung entscheidet, nicht stets ohne weiteres anwendbar. Die Verweisung auf den letzten Beruf vor der Erkrankung schlechthin wäre hier unbillig, wenn dessen Ausübung schon längere Zeit zurückliegt und die in diesem Beruf erworbenen Fertigkeiten inzwischen verloren gegangen sind. Vielmehr ist es notwendig, den Beruf festzustellen, den ein solcher Versicherter im Zeitpunkt seiner Erkrankung ausgeübt haben würde, wenn er damals einem Erwerb durch abhängige Arbeit nachgegangen wäre.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 29. Mai 1935, IIa K 74/34[1].) [K.]

Preußisches Oberverwaltungsgericht

Berichtet von Senatspräsident v. Kries, Berlin

75. § 33 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77); § 21 PrVO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 (GS. 282). Zwangsgeld, Sonderpolizeibehörden, Schonbestimmung für Fristwahrung auch für Kl. im Verwaltungsstreitverfahren. Die Schonbestimmung für Fristwahrung des § 21 Abs. 2 VO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 gilt auch für Kl. im Verwaltungsstreitverfahren gegen polizeiliche Vfg. Die Bestimmung des § 33 PolVerwG., wonach das Zwangsgeld von der Ortspolizeibehörde festzusetzen ist, hindert nicht, daß dies auch durch die Sonderpolizeibehörden für ihr Gebiet geschieht.

Der Vorstand des Preuß. Wasserbauamts H. setzte durch Vfg. v. 11. Juli 1934 gegen den Schiffseigner B. ein Zwangsgeld von

10 RM fest, weil er am 10. Mai 1934 auf der Saale der mehrmaligen Aufforderung des Strommeisters, sich als Schiffseigner zu melden, nicht nachgekommen sei. Die Zwangsgeldfestsetzung wurde B. am 28. Juli 1934 zugestellt. Sie enthielt die Rechtsmittelbelehrung, daß B. die Beschw. oder die Klage an das OVG. zustehe.

Am 30. Juli 1934 beantragte B. in protokollarischer Vernehmung vor dem Wasserbauamt H. die Aufhebung der Zwangsgeldfestsetzung und erklärte für den Fall, daß dies nicht geschehe, Klage vor dem OVG. zu erheben.

Das Wasserbauamt beharrte bei der Zwangsgeldfestsetzung und leitete die Sache an das OVG. Dieses teilte dem Wasserbauamt mit, infolge der gesetzlichen Neuregelung sei gegen die Zwangsgeldfestsetzung die Beschw. an den Fachminister oder die Klage bei dem BezVerwGer. gegeben. Das Wasserbauamt übersandte darauf die Sache am 21. Aug. 1934 an das BezVerwGer. M., wo sie am 26. Aug. einging.

Der Vorsitzende des BezVerwGer. hob durch Bescheid die Zwangsgeldfestsetzung auf.

Der Rev. des Bekl. versagte das OVG. den Erfolg.

Die Kl. war nach §§ 57, 33 PolVerwG. i. Verb. m. § 347 WasserG. (i. d. Fass. des Art. 44 Ges. v. 25. Juli 1933 zur Änderung von Gesetzen über Wasser- und Bodenkulturangelegenheiten [GS. 274]) innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen zu erheben. Die am 30. Juli 1934 protokollarisch beim Wasserbauamt in H. erhobene Kl. war ist infolge der irrigen Rechtsmittelbelehrung erst am 26. Aug. 1934 bei dem BezVerwGer. eingegangen. Der Vorderrichter geht aber stillschweigend davon aus, daß die Frist trotzdem gewahrt sei, und zwar mit Recht. Denn nach § 21 Abs. 2 VO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 (GS. 283) ist eine Frist immer gewahrt, „wenn das Rechtsmittel rechtzeitig bei der Stelle angebracht wird, welche die angefochtene Vfg. (Bescheid, Beschluß, Urteil) erlassen hat". Allerdings könnten Bedenken hiergegen aus dem Wortlaut des § 21 entnommen werden; denn dieser spricht in Abs. 2 nur von „Rechtsmitteln" und die Klage wird zu diesen nach dem Sprachgebrauch der Rspr. und des Schrifttums gewöhnlich nicht gerechnet, sondern nur die Rechtsmittel im engeren Sinne — Berufung, Revision, Beschwerde — (Bitter, Handwörterbuch der Preuß. Verwaltung, 3. Aufl., II, 384, Sp. Rechtsmittel; Brauchitsch, VerwaltG. f. Preuß., I, 22. Aufl., S. 56, 24. Aufl., S. 47; Schultzenstein: PrVerwBl. 37, 129; übrigens auch der Einspruch, Entsch. des OVG. v. 19. Mai 1916: PrVerwBl. 38, 41). Und für eine solche Auslegung könnte auch die Tatsache angeführt werden, daß im Abs. 1 des § 21 die Klage besonders neben den Rechtsmitteln genannt ist. Das ist aber offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen (s. a. Froelich, Die VO. zur Vereinfachung der Preuß. Verwaltung, S. 15, Anm. 4 zu § 21), der vielmehr die Klage als Rechtsmittel im weiteren Sinne mit allen sonstigen Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln in § 21 zusammenfassen wollte. Das geht schon daraus hervor, daß sie dort (Abs. 1) unter der Abschnittsüberschrift „Rechtsmittel" aufgeführt ist.

Da die Klage sonach fristgemäß bei dem Wasserbauamt gegen dessen polizeiliche Vfg. erhoben wurde, war danach die Frist gewahrt.

Der Vorderrichter hat ferner ohne weiteres angenommen, daß das Wasserbauamt für die Festsetzung des Zwangsgeldes zuständig gewesen sei. § 33 PolVerwG. bestimmt, daß diese Festsetzung durch die Ortspolizeibehörde zu geschehen habe. Das Wasserbauamt als Organ des OPräs. (vgl. OVG. 89, 309) ist nun ohne Zweifel nicht Ortspolizeibehörde, sondern die wasserpolizeiliche Sonderpolizeibehörde der ersten Stufe für den Wasserlauf erster Ordnung. Trotzdem war die Zuständigkeit des Wasserbauamts zu bejahen. Die Festsetzung von Zwangsgeld nach § 33 PolVerwG. ist an die Stelle der früheren polizeilichen Strafverfügungen getreten. Der Zweck dieser Neuregelung ging lediglich dahin, das Polizeiunrecht und seine Ahndung aus dem Bereiche des eigentlichen Strafrechts auszuscheiden (zu „entkriminalisieren"; OVG. 90, 275). Soweit nicht ausdrücklich gesetzliche Änderungen erfolgt sind, ist also davon auszugehen, daß die frühere Rechtslage, wie sie für die polizeilichen Strafverfügungen bestand, aufrechterhalten werden sollte. Nach dem früheren Recht (§ 1 Ges. betr. Erlaß polizeilicher Strafverfügungen wegen Übertretungen v. 23. April 1883 [GS. 65]) hatte der OPräs. (Wasserbauamt) die Befugnis, wasserpolizeiliche Strafverfügungen zu erlassen. Es ist trotz hie und da ohne Begr. vertretener gegenteiliger Auffassung (Klausener-Kerstiens-Kempner, PolVerwG., 2. Aufl., Anm. 2 zu § 33, S. 263; Friedrichs, PolVerwG., 2. Aufl., Anm. 8 zu § 33 S. 194) nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, der in § 8 PolVerwG. die besonderen Zuständigkeiten der Sonderpolizeibehörden ausdrücklich unberührt ließ, diesen die genannte Befugnis hat entziehen wollen, wenn er in § 33 PolVerwG. die „Ortspolizeibehörden" für die Festsetzung des Zwangsgeldes für zuständig erklärte. Diese Best. ist erst im Verlaufe der Kommissionsberatungen in das Gesetz eingefügt worden, ohne daß eine nähere Begr. dafür unmittelbar ersichtlich ist (Landtag, 3. Wahlperiode, 1. Tagung 1928/31, Drucks. Nr. 7282 Sp. 70, 74, 145; Prot. Sp. 20499). Es ist wohl aus der allgemeinen Absicht heraus erfolgt, die Befugnisse der Polizeibehörden der verschiedenen Stufen gegeneinander schärfer als bisher abzugrenzen. Man wollte damit den polizeilichen Behördenaufbau von unten nach oben klarstellen, nicht aber eine Abgrenzung der allgemeinen Polizei zu den Behörden der Sonderpolizei schaffen. Es sollte durch § 33 PolVerwG. festgelegt werden, daß die unterste, den persönlichen und sachlichen Verhältnissen nahestehende Stelle das Zwangsgeld festsetzen solle — also im Gebiete der allgemeinen Polizei die Ortspolizeibehörde —, und es besteht keinerlei Grund für die Annahme, daß dadurch den Sonderpolizeibehörden diese Befugnis für ihren Bereich entzogen werden sollte. Man kann aus dieser Regelung nur folgern, daß für die Festsetzung des Zwangsgeldes die jeweils unterste Sonderpolizeibehörde zuständig sein solle, und diese ist hier der OPräs. (Wasserbauamt).

Diese Auslegung erscheint um so mehr geboten, da es praktisch nicht erwünscht ist, daß die Sonderpolizeibehörde, obwohl sie für die Beurteilung der Rechts- und vor allem der Sachlage am besten geeignet ist, gezwungen sein sollte, zur Ahndung von Verstößen erst die Ortspolizeibehörde anzugehen. Es würde dies zudem zu einer — dem Zuge der Rechtsentwicklung offen widersprechenden — Verdeckung der Verantwortlichkeiten führen. Die Zuständigkeit des Wasserbauamts zur Festsetzung des Zwangsgeldes war also gegeben.

(PrOVG., 5. Sen., Urt. v. 23. Mai 1935, V C 12/35.)

*

76. Verunstaltung des Straßenbildes. Reklametafeln. Art. IV § 1 Ziff. 4 WohnG. v. 28. März 1918 (GS. 23). Die durch Art. IV § 1 Ziff. 4 WohnG. v. 28. März 1918 gegebene Ermächtigung der Baupolizei, durch Bauordnung den Verputz und Anstrich von Wohngebäuden, sowie bestimmten anderen Bauten und die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes zu regeln, beschränkt sich nicht auf die Bauten an sich, sondern erstreckt sich auch auf Reklamevorrichtungen, die an Bauten lediglich angehängt, angeschlagen oder auf andere Weise befestigt sind. (Abweichung von PrOVG. 84, 415, Bestätigung von PrVerwBl. 48, 31.)

Strittig ist die Berechtigung der Baupolizei der Stadt K., von einem Bauherrn „die Fortnahme der Glasverkleidung des Eckpfeilers eines Hauses" durch baupolizeiliche Vfg. zu fordern. Das OVG. als RevInst. führte hierzu aus:

Die BauO. der Stadt K. v. 1. Okt. 1925 erweist sich in dem hier in Betracht kommenden § 24 als gültig und geeignet, die die Klage des Betroffenen abweisende Entsch. des BezVerwGer. zu tragen. § 24 a. a. O. schreibt vor: „1. Die von der Straße aus sichtbaren Flächen der Baulichkeiten müssen in bezug auf Bauart, Bauform, Baustoff und Farbe so beschaffen sein, daß die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes dadurch nicht gestört wird ... 2. ..., 3. Reklameschilder, Schaukästen, Aufschriften, Abbildungen ... dürfen das Straßenbild nicht beeinträchtigen." Ziff. 1 enthält die maßgebende Best., wenn die streitige „Pfeilerverkleidung" als Teil der Baulichkeit angesprochen werden kann, Ziff. 3, wenn es sich bei der Pfeilerverkleidung nur um Reklameschilder oder Schaukästen handelt. Welcher der beiden Tatbestände hier vorliegt und welche der beiden Best. demgemäß hier anzuwenden ist, kann dahingestellt bleiben, denn beide Best. sind rechtsgültig und geeignet, der angegriffenen Entsch. als Grundlage zu dienen. Ihre gesetzliche Grundlage ist Art. 4 § 1 WohnG. v. 28. März 1918, wonach durch die BauO. insbes. geregelt werden kann: „4. Der Verputz und Anstrich oder die Ausfugung der vornehmlich Wohnzwecken dienenden Gebäude und aller von Straßen, Plätzen oder anderen öffentlichen Verkehrsflächen aus sichtbaren Bauten sowie die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes, und zwar unter Berücksichtigung des Denkmal- und Heimatschutzes." Diese Best. ist allerdings in einer früheren Entsch. des OVG. (OVG. 84, 415)) dahin ausgelegt worden, daß sie sich nur auf Bauten und Bauteile beziehe, auf bloße Reklameschilder aber nicht angewendet werden könne. An dieser Rspr. konnte aber nicht festgehalten werden; vielmehr ist der Senat zu seiner früheren Rspr. zurückgekehrt, wie sie u. a. in der im PrVerwBl. 48, 31 abgedr. Entsch. niedergelegt ist.

Das WohnG. betrifft zwar vor allem das Wohnungswesen (OVG. 84, 419) und enthält daher Vorschr. für Bauten. Daraus ergibt sich aber nicht zwingend, daß die Vorschriften des WohnG. stets und so auch in den Fällen des Art. 4 § 1 Ziff. 4 WohnG. nur auf den Bau an sich und nicht auf die an einem Bau angebrachten Reklameschilder anwendbar seien. Die Ziff. 4 a. a. O., die übrigens nach ihrem Wortlaut nicht nur von Wohngebäuden, sondern ausdrücklich auch von anderen Bauten handelt, will für alle von ihr betroffenen Bauwerke ästhetische Interessen, und zwar ausschließlich

solche, wahren. Kommt es aber dem Gesetz in der Vorschrift der Ziff. 4 a. a. O. nur auf die ästhetischen Belange an, so wäre es nicht verständlich, wenn es zwar den Anstrich usw. der gesamten Wände der Wohn- und der sichtbaren Bauten sowie die ganzen Straßenfronten der Häuser hätte erfassen, die auf diesen Wandflächen oder Straßenfronten angebrachten Reklameschilder aber hätte nicht auch treffen wollen; das ist um so weniger wahrscheinlich, als gerade die Reklameschilder in besonderem Maße zu Bedenken in ästhetischer Beziehung Anlaß zu geben pflegen. Eine derartige Sonderbehandlung der an Bauten angebrachten Reklameschilder würde auch deshalb innerlich nicht berechtigt sein, weil die auf Hauswänden usw. aufgemalten oder durch Einbau zu Teilen der Bauten gewordenen Reklame-Inschriften und -Einrichtungen grundsätzlich keine andere ästhetische Wirkung ausüben, jedoch zweifellos den Best. der Ziff. 4 a. a. O. unterliegen. Unter diesen Umständen muß mangels ausdrücklicher einschränkender Best. davon ausgegangen werden, daß der auf den Schutz ästhetischer Interessen bedachte Wille des Gesetzes keine so wesentliche Einschränkung enthält, wie sie die Ausscheidung der Reklameschilder aus dem Bereich der Ziff. 4 a. a. O. darstellen würde. Somit fallen nicht nur diejenigen Reklameeinrichtungen unter Ziff. 4 a. a. O., welche ihrerseits selbständige Bauten oder Teile von solchen darstellen, sondern auch solche, welche als Schilder u. dgl. an Bauwerken angebracht sind.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 6. Juni 1935, IV C 103/34.)

*

77. Anliegerbeitrag. § 15 FluchtlG. v. 2. Juli 1875 (GS. 561). Durch Pflasterung des an eine öffentliche Straße angrenzenden — von ihr durch einen nachts abgeschlossenen Zaun getrennten — Teiles eines Güterbahnhofgeländes zur Erleichterung des Fuhrverkehrs für An- und Abfahrt von Gütern wird der gepflasterte Teil nicht zu einem selbständigen Grundstück, das das übrige hinter ihm liegende Bahnhofgelände von der Straße zu trennen vermag. Die auf dem Hintergelände aufgeführten Baulichkeiten liegen „an" der Straße. Ein Bahnhofgrundstück kann durch einen unter ihm hindurchgeführten, dem Personenverkehr dienenden Tunnel nicht in zwei, als wirtschaftlich selbständige Grundstücke zu behandelnde Teile geteilt werden.

Die Deutsche Reichsbahngesellschaft ist mit dem aus den beiden Parzellen 223 u. 257 bestehenden Gelände der Bahnhofsanlage in M. Anliegerin der K.er Str. das. und als solche vom Magistrat in M. auf Grund Ordnung betr. Anlegung von Straßen usw. zu den in den Jahren 1889—1930 entstandenen Kosten der Freilegung, ersten Einrichtung und Entwässerung dieser Straße zu einem Anliegerbeitrage herangezogen worden. Nach fruchtlosem, auf Freistellung gerichteten Einspruch hat sie gegen das abweisende Urt. des BezVerwGer. Rev. eingelegt, der das OVG. den Erfolg versagte.

Die Kl. hat eingewandt, daß sie durch die von ihr auf dem Bahnhofsgelände aufgeführten Baulichkeiten, wenn überhaupt, dann keinesfalls für die ganzen 772 m ihrer Grundstücksfront beitragspflichtig geworden sei. Dies könne nur in Frage kommen, wenn es sich bei ihrem Grundbesitz um ein einheitliches Grundstück handle. Der Vorderrichter habe diese Frage zu Unrecht bejaht. Ihr Gelände zerfalle in mehrere verschiedenen wirtschaftlichen Zwecken dienende selbständige Grundstücke, nämlich den Personenbahnhof, den Güterbahnhof, das Gleisgelände, zwei verpachtete Teile, den an den Eisenbahnerverein verpachteten Kohlenschuppen und eine als Kleingarten genutzte Fläche, und vor allem sei der zwischen den Bahnanlagen und der K.er Str. liegende Teil des Bahngeländes, soweit er gepflastert sei und den sie als „Ladestraße" bezeichnet, als ein Grundstück für sich zu betrachten, so daß das hinter ihm gelegene Gelände mit den auf ihm errichteten Gebäuden nicht an die K.er Str. angrenze und daher für die Beitragspflicht auszuscheiden habe.

Was zunächst die „Ladestraße" betrifft, so folgert Kl. ihre wirtschaftliche Selbständigkeit daraus, daß dieser Teil des Bahngeländes für einen besonderen wirtschaftlichen Zweck, nämlich lediglich für die An- und Abfuhr von Gütern bestimmt sei, während der übrige Teil „mehr dem inneren Bahnverkehr diene". Er werde im übrigen nicht zu eigentlichen Bahnzwecken benutzt, sondern auch von anderen Privatpersonen und Verwaltungen, wie der Post und der Stadt, denen dort die Erlaubnis zur Lagerung an- und abrollender Güter erteilt worden sei; insbes. mache er auch die verpachtete Fläche des Kohlenschuppens zugänglich und sei aus allen diesen Gründen als eine Privatstraße der Bahn und deshalb als ein Grundstück für sich zu behandeln.

Ob man den aus Zweckmäßigkeitsgründen gepflasterten Grundstücksteil „Ladestraße" nennen will, wie es Kl. tut, oder mit dem Bekl. „gepflasterten Hofraum", ist gleichgültig; für die sowohl hinsichtlich des Angrenzens als hinsichtlich der Beitragsbemessung entscheidende Frage, ob diese Fläche wirtschaftlich zu dem übrigen Bahnhofsgelände gehört oder ein selbständiges Grundstück bildet, ist ausschließlich ihre Zweckbestimmung und die Gesamtheit der tatsächlichen Verhältnisse maßgebend (OVG. 34, 101; 36, 69). Wie der Vorderrichter festgestellt hat, liegt sie innerhalb der das ganze Bahnhofsgrundstück nach der K.er Str. zu abgrenzenden und nachts abgeschlossenen Einfriedigung und ist zur An- und Abfahrt der Fuhrwerke und der Beladung und Entladung der Eisenbahnwagen bestimmt. Sie bildet also einen notwendigen Bestandteil der Bahnhofsanlage und wird mit dem übrigen dem Bahnbetrieb dienenden Gelände einheitlich für die Zwecke des Eisenbahnunternehmens genutzt. Einen wirtschaftlichen Unterschied zu machen zwischen dem Güterverkehr und dem „inneren Bahnverkehr", wie es Kl. versucht, ist nicht angängig. Dieses Ergebnis kann ebensowenig dadurch beeinflußt werden, daß entgegenkommenderweise dritten Personen die Benutzung dieses Teils des Bahnhofsgrundstücks zur Lagerung von Gütern eingeräumt und der verpachtete Kohlenschuppen nur über ihn zu erreichen ist, wie anderseits sein wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem übrigen Bahngelände durch die eingerammten Eisenbahnschienen unterbrochen oder aufgehoben werden kann, die nach Angabe der Rev. die Pflasterung nach den Eisenbahnschienen zu abgrenzen und offenbar zur Sicherung des Fuhrverkehrs angebracht sind (Germershausen-Seydel, 4. Aufl., Bd. I S. 664 und die dort angef. Rspr.; Strauß u. Torney-Saß, 7. Aufl., S. 266; OVG. 46, 160; PrVerwBl. 29, 707). Der von Kl. angef. Rspr. liegen durchgehend andere Tatbestände zugrunde. Der Einwand einer wirtschaftlichen Abtrennung des Hintergeländes durch den gepflasterten Teil des Bahnhofsgrundstücks ist vom Vorderrichter also mit Recht zurückgewiesen worden. Dies Gelände mit seinen Baulichkeiten grenzt also an die K.er Str. und kann daher, auch ohne daß ein Bau auf ihm errichtet wird, kraft seiner wirtschaftlichen Einheit mit dem Hauptgrundstück mit der aus der Frontmeterzahl der Ladestraße sich ergebenden Länge in die Beitragsberechnung einbezogen werden.

Wenn der Vorderrichter ferner auf Grund einer örtlichen Besichtigung festgestellt hat, daß im übrigen das ganze an die K.er Str. angrenzende Bahnhofsgelände den Zwecken der Personen- und Güterbeförderung diene und daher mit seiner katastermäßig aus zwei Parzellen bestehenden Fläche eine wirtschaftliche Einheit bilde, so ist diese Feststellung ebenfalls ohne erkennbaren Verfahrensmangel getroffen und entspricht anderseits durchaus der Rspr. des OVG., in der wiederholt anerkannt ist, daß ein Bahnhof mit seinem ganzen Gelände i. S. des FluchtlG. als wirtschaftlich einheitliches Grundstück aufzufassen ist (OVG. 48, 106; Strauß u. Torney-Saß, 7. Aufl., S. 268).

Die in dem S.schen Gutachten vorgebrachte Behauptung, das Eisenbahngelände werde durch den nach der A.er Str. zu führenden und dem Personenverkehr dienenden Tunnel in zwei selbständige Grundstücke geteilt, ist als neues tatsächliches Vorbringen an sich unbeachtlich. Aber selbst wenn dieses prozessuale Hindernis nicht bestände, könnte es sachlich zu keinem für Kl. günstigeren Ergebnis führen. Es ist einmal nicht ersichtlich, wie die Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Nutzung des Bahngeländes durch das Vorhandensein des Tunnels irgendwie beeinflußt werden solle, anderseits würde, selbst wenn eine Grundstücksteilung durch den Tunnel entstanden wäre, diese sich zugunsten des Freistellungsantrages nicht verwerten lassen, weil die die Beitragspflicht für das ganze Gelände begründenden Momente durch eine Grundstückstrennung nicht beeinflußt, vielmehr für beide Grundstücksteile nach wie vor unverändert fortbestehen bleiben würden.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 10. Sept. 1935, II C 92/34.)

*

78. Untersagung des Gewerbebetriebs eines Dachdeckers. § 35 Abs. 5 RGewO. Der Gewerbebetrieb eines Dachdeckers erfordert unbedingte Ehrlichkeit und Gewissenhaftigkeit; der Mangel dieser Eigenschaften rechtfertigt die Untersagung des Gewerbebetriebes nach § 35 Abs. 5 RGewO.

Auf Grund Gutachten der von der Handwerkskammer vorgeschlagenen und vom zuständigen RegPräs. bestellten Sachverständigen forderte die Ortspolizei in B. am 20. Okt. 1932 den Dachdecker und Bauklempner H. zur Einstellung seines Gewerbebetriebes auf, weil er sich nicht nur in finanzieller und moralischer Hinsicht, sondern auch in mehreren Fällen bei der Ausführung von Arbeiten in technischer Beziehung als unzuverlässig erwiesen habe. H. meldete darauf am 21. Okt. 1932 sein Gewerbe mit Wirkung v. 1. Okt. 1932 ab, während seine Frau gleichzeitig das Gewerbe für sich anmeldete. Nunmehr wurde auch die letztere zur Einstellung aufgefordert, worauf beide Eheleute ausdrücklich erklärten, sie würden den Gewerbebetrieb nicht einstellen; Inhaberin desselben sei nunmehr die Ehefrau, während der Ehemann nur als Geschäftsführer tätig sei.

Die Ortspolizei erhob darauf gegen beide Eheleute Klage auf Untersagung des Gewerbebetriebs, der das BezVerwGer. stattgab.

Die Rev. der Bekl. wies das OVG. zurück.

Nach § 35 Abs. 5 RGewO. ist u. a. der Betrieb einzelner Zweige des Baugewerbes zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf seinen Gewerbebetrieb dartun. Gegenstand des vorl. Rechtsstreits ist die Unter-

sagung eines Gewerbebetriebs, der ein „Bedachungsgeschäft" und eine „Bauklempnerei" umfaßt. Daß es sich hierbei um einzelne Zweige des Baugewerbes i. S. der genannten Vorschrift handelt, liegt auf der Hand.

Mit Recht ist das BezVerwGer. davon ausgegangen, daß die Klage im vorl. Fall gegen beide Eheleute zulässig war. Die Ehefrau hatte den Gewerbebetrieb, den bisher ihr Mann geführt und nur abgemeldet hatte, um der ihm angedrohten Untersagung zu entgehen, auf ihren Namen angemeldet und mußte daher auch die Folgen dieses Schrittes tragen (vgl. OVG. v. 24. Juni 1912: GewArch. 12, 285). Was den Ehemann angeht, so bestand die Gefahr, daß er den Gewerbebetrieb, den er angeblich nur noch als Geschäftsführer seiner Frau leitete und beaufsichtigte, wieder in eigenem Namen führen würde, wenn er seiner Frau untersagt würde. Bei dieser Sachlage war aber nach Rspr. des Gerichtshofs auch ihm gegenüber die Untersagung des Gewerbebetriebs zulässig.

Das BezVerwGer. hat den Beweis für die Unzuverlässigkeit des Bekl. vor allem darin gesehen, daß er nicht weniger als siebenmal vorbestraft sei, und zwar immer wieder Handlungen begangen habe, die mit der gerade für den Gewerbebetrieb eines Dachdeckers erforderlichen Ehrlichkeit und Gewissenhaftigkeit nicht in Einklang zu bringen seien. Da ein Dachdecker seine Tätigkeit in der Regel unter Umständen ausübe, die eine besondere Aufsicht erschweren oder unmöglich machen, müsse um so mehr von ihm verlangt werden, daß er nicht gegen das Erfordernis unbedingter Ehrlichkeit verstoße. Diese Ansicht ist frei von Rechtsirrtum.

Das RevG. ist an die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters gebunden. Hiernach hat der Bekl. schon in den Jahren 1922 und 1923 sich Eigentumsvergehen zuschulden kommen lassen, indem er bei einer Dachreparatur sich einige Bücher aneignete und ein anderes Mal 25 kg Blei entwendete; ferner wurde er wegen Hehlerei verurteilt, weil er einen Sack Zucker, über dessen Erwerb er sich nicht ausweisen konnte, abzusetzen versuchte. Daß diese Straftaten vom Bekl. vor Eröffnung seines Gewerbebetriebes begangen sind, ist unerheblich. 1931 ist der Bekl. erneut bestraft worden, weil er wiederum gelegentlich einer Dachreparatur Bleifassungen abgeschnitten hat.

Mit Recht konnte das BezVerwGer. aus diesen Eigentumsvergehen, die noch dazu fast ausnahmslos bei Ausübung der gewerblichen Tätigkeit selbst begangen waren, folgern, daß dem Bekl. die für sein Gewerbe erforderlichen moralischen Eigenschaften fehlen. Der Einwand des Bekl., daß es sich immer nur um verhältnismäßig geringfügige Werte bei diesen Strafsachen gehandelt habe, greift nicht durch; denn in dem vorl. Verfahren kommt es nicht darauf an, in welchem Umfange er andern Personen Schaden zugefügt hat, sondern ob seine Handlungen auf Charaktermängeln beruhen, die seine Unzuverlässigkeit für seinen Gewerbebetrieb dartun. Wenn er weiter geltend macht, das BezVerwGer. habe ganz unberücksichtigt gelassen, daß er früher erheblich getrunken habe, aber seit mehreren Jahren schon abstinent und auch Mitglied der SA. und der nationalsozialistischen Bewegung geworden sei, so übersieht er, daß das BezVerwGer. schon bei der Würdigung der ersten Straftat seinen Einwand, er sei betrunken gewesen, nicht als Entschuldigung hat gelten lassen, und daß es sich im übrigen bei seinem Vorbringen um neue Behauptungen tatsächlicher Art handelt, mit denen er in der RevInst. nicht mehr gehört werden kann.

Das BezVerwGer. hat seine Entsch. weiter darauf gestützt, daß der Bekl. ferner 1929 zweimal mit Geldstrafen und erneut 1933, und zwar diesmal mit Gefängnis bestraft worden ist, weil er einbehaltene Versicherungsbeiträge seiner Arbeitnehmer nicht abgeführt hatte.

Mit Recht hat das BezVerwGer. einen weiteren Beweis für die Unzuverlässigkeit des Bekl. auch darin gesehen, daß der Bekl. durch die Übertragung des Gewerbebetriebes auf seine Ehefrau eine offensichtliche Schiebung vorgenommen habe, um den Folgen der Untersagung des Gewerbebetriebes zu entgehen, ohne daß an diesem selbst auch nur das geringste geändert worden wäre.

Das BezVerwGer. war daher berechtigt, aus dem Gesamtverhalten des Bekl. in den erwähnten Fällen den Schluß zu ziehen, daß dieser die für seinen Gewerbebetrieb erforderliche moralische Zuverlässigkeit nicht besitzt. Schon aus diesem Grunde war aber, wie auch in der angefochtenen Entsch. hervorgehoben ist, die Untersagung des Gewerbebetriebes nach § 35 a. a. O. gerechtfertigt.

Gegenüber der Ehefrau des Bekl. hat das BezVerwGer. seine Entsch. damit begründet, daß ihr die erforderliche Zuverlässigkeit für den auf ihren Namen angemeldeten Gewerbebetrieb abzusprechen sei, weil sie unbestritten von diesem nichts verstehe und die Führung desselben ihrem Ehemanne überlasse, dessen eigene Unzuverlässigkeit nachgewiesen sei. Die dieser Begründung zugrunde liegende Rechtsauffassung entspricht der ständigen Rspr. des OVG.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 8. Aug. 1935, III C 155/34.)

*

79. Kraftfahrzeugführer. Entziehung der Fahrerlaubnis. Strafbare Handlungen eines Kraftfahrzeugführers, die z. B. einer an ihn ergangenen Verwarnung begangen, aber der Polizei nicht bekannt waren, können zur Begründung einer späteren Entziehung der Fahrerlaubnis verwertet werden.

Dem Kraftfahrunternehmer K. ist von dem PolPräs. in H. am 7. April 1928 die Fahrerlaubnis für Kraftfahrzeuge erteilt worden. Bei der Erteilung wies ihn der PolPräs. auf seine wiederholten erheblichen Bestrafungen wegen Eigentumsvergehen hin und stellte ihm sofortige Entziehung der Fahrerlaubnis für den Fall in Aussicht, daß erneut Tatsachen zu seiner Kenntnis gelangten, die ihn ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erscheinen ließen.

Nachdem K. sich weitere Strafen wegen Übertretung der Verkehrsvorschriften, fahrlässiger Körperverletzung, Sachbeschädigung usw. zugezogen hatte, verwarnte ihn der PolPräs. am 5. März 1932 zum zweitenmal unter Androhung der Entziehung der Fahrerlaubnis für den Fall, daß erneut irgendwelche Tatsachen zu seiner Kenntnis kommen sollten, die ihn zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet erscheinen ließen.

Durch Vfg. v. 23. Jan. 1934 entzog ihm der PolPräs. die Fahrerlaubnis auf die Dauer von zwei Jahren. Er nahm Bezug auf die zehn bereits in der letzten Verwarnung angeführten Bestrafungen aus den Jahren 1926 bis 1930 sowie auf fünf weitere Bestrafungen aus den Jahren 1931 bis Ende 1932 und wies daneben auf ein wegen eines Straßenunfalles gegen ihn anhängig gemachtes, aber noch nicht abgeschlossenes Strafverfahren hin. Die von einem Kraftfahrzeugführer in ganz besonders hohem Maße zu fordernde Zuverlässigkeit und das unbedingt notwendige Verantwortungsgefühl könnten ihm daher nicht mehr zuerkannt werden, und es lägen somit Tatsachen vor, die ihn zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet erscheinen ließen.

Nach fruchtloser Beschw. erhob K. Klage im VerwStrVerf., die das BezVerwGer. abwies.

Der Rev. des Kl. versagte das OVG. den Erfolg.

Kl. hat geltend gemacht, daß Vorderurteil beruhe auf unrichtigen Feststellungen. Dem PolPräs. seien abweichend von den Feststellungen des Urt. schon am 5. März 1932, dem Tage der zweiten Verwarnung, die 22 in der Entziehungsvfg. v. 23. Jan. 1934 angeführten Strafen bekannt gewesen. Das ist nicht zutreffend. (Es folgt tatsächliche Begründung.)

Weiter will die Rev. anscheinend geltend machen, daß diejenigen strafbaren Handlungen, die in der Verwarnung noch nicht, aber in der Entziehungsvfg. aufgeführt waren, bereits vor der Verwarnung begangen sind. Darauf kommt es nicht an. Maßgebend für die Frage, ob der PolPräs. eine früher begangene Straftat verwerten durfte, kann vielmehr nur der Umstand sein, ob ihm die Straftat bekannt war. Selbst wenn vor der Verwarnung Anzeige bei dem PolPräs. erstattet sein sollte oder dort Ermittlungen geschwebt haben sollten, so erlangt doch der PolPräs. regelmäßig erst dann Kenntnis von dem vollständigen Tatbestand und von der Bedeutung der strafbaren Handlung für die Würdigung der Persönlichkeit des Täters, wenn ihm das Strafurteil zugeht.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Entziehung der Fahrerlaubnis auch auf Grund von Tatsachen ausgesprochen werden kann, die vor einer zuvor erteilten Verwarnung eingetreten sind und der Polizei bekannt waren. Jedenfalls bestehen keinerlei Bedenken dagegen, daß die Polizei die Entziehungsvfg. auf solche Tatsachen stützt, die möglicherweise zwar schon vor der Verwarnung eingetreten waren, aber der Polizei erst nach dem Ausspruch der Verwarnung in ihrer vollen Bedeutung bekannt geworden sind. So liegt der Fall hier. Denn die strafrichterliche Feststellung einiger Straftaten des Kl. ist erst nach der Verwarnung erfolgt, so daß diese Taten in ihrem vollen Umfang erst nachher der Polizei bekannt wurden. Auf die vom Kl. behauptete Tatsache, er habe sich seit der Verwarnung keine einzige Strafe mehr zugezogen, kann es demgegenüber nicht ankommen.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 13. Juni 1935, IV C 44/35.)

*

80. Berufsschulbeiträge. Reichsbank. § 16 Gew.- u. HandelslehrBesoldG. v. 16. April 1928 (GS. 89); § 45 Abs. 1 RBankG. v. 30. Aug. 1924 (RGBl. II, 235). Die Reichsbank ist in Preußen berufsschulbeitragspflichtig als nicht gewerbetreibender Arbeitgeber nach Maßgabe des § 16 Abs. 2b Gew.- u. HandelslehrBesoldG.

Die Stadt Berlin erhob für 1930 und 1931 als Berufsschulbeiträge von den Gewerbetreibenden bestimmte Prozentsätze der Gewerbesteuergrundbeträge und von den nichtgewerbetreibenden Arbeitgebern für jeden beschäftigten Arbeiter und Angestellten einen Kopfbetrag von 3 *RM*. Daraufhin wurde die Reichsbank in Berlin für

beide Rechnungsjahre nach einem Kopfbeitrag von 3 *RM* für ihre Arbeiter und Angestellten zum Berufsschulbeitrag herangezogen. Nach vergeblichem Einspruch erhob die Reichsbank Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen den Magistrat Berlin mit dem Antrag auf Freistellung mit der Begr., daß sie zwar gem. § 45 Abs. 1 RBankG. v. 30. Aug. 1924 von der Gewerbesteuer befreit sei, aber dadurch die Eigenschaft als Gewerbebetrieb nicht eingebüßt habe; sie dürfe sonach nur als Gewerbetreibende zu Berufsschulbeiträgen herangezogen werden, ihre Heranziehung mit Kopfbeiträgen sei also unzulässig.

Der Bezirksausschuß stellte die Kl. frei. Auf Rev. des Bekl. wies das OVG. die Klage ab.

Zunächst kommt in Frage, ob die Reichsbank etwa deshalb keine Berufsschulbeiträge zu leisten brauche, weil sie gem. § 45 Abs. 1 BankG. v. 30. Aug. 1924 „von allen Gewerbesteuern" befreit ist. Diese Frage ist zu verneinen.

In der Begr. zum BankG. (RT., 2. Wahlp. 1924, Drucks. Nr. 448 S. 14) heißt es zu § 45:

„Die Freiheit der Reichsbank von allen Körperschafts-, Einkommens- und staatlichen Gewerbesteuern entspricht dem Grundsatz des § 21 des alten BankG. Die weitergehenden Befreiungen beruhen auf Forderungen des Sachverständigenberichts, so insbes. die Freiheit von gemeindlichen Gewerbesteuern ..."

In dem hierdurch in Bezug genommenen Bericht des ersten Sachverständigenkomitees v. 9. April 1924 (RT., 2. Wahlp. 1924, Drucks. Nr. 5) ist auf S. 94 gesagt:

„Mit Rücksicht auf den der Regierung laut Abs. c 2 anfallenden Prozentsatz des Reingewinnes soll die Bank jedoch von jeder Körperschafts- oder Geschäftssteuer, die das Reich, die Länder oder irgendeine andere Verwaltungseinheit in Deutschland erheben sollte, befreit sein."

In dem nach einer Bem. auf der ersten Seite der Drucks. maßgebenden englischen Text des Dawes-Gutachtens ist gesagt:

„The Bank ... shall not be subject to any corporation tax or business tax levied in Germany by the Reich, the States or any other governmental unit."

Gegen die Übersetzung von „business tax" mit „Geschäftssteuer" und gegen die Gleichsetzung dieses Begriffs (im BankG.) mit „Gewerbesteuer" ist kein Bedenken zu erheben.

Unabhängig davon also, ob das Dawes-Gutachten überhaupt für die Auslegung von Rechtsbegriffen zu verwenden ist (s. hierüber OVG. 82, 187), gibt jedenfalls die Entstehungsgeschichte des neuen BankG. keinen Aufschluß über die Frage, ob etwa die Berufsschulbeiträge zu den „Gewerbesteuern" i. S. des § 45 das. gerechnet werden können. Die Lösung der Frage kann daher nur in der Rechtsnatur gefunden werden, welcher den Berufsschulbeiträgen im preußischen Recht zuzusprechen ist, und in dem Zwecke des § 16 GewHandelslehrer-BesoldG. v. 16. April 1928 (GVG.). Auszugehen ist davon, daß dieser § 16, der allein die Quelle des Rechtes der Berufsschulbeiträge ist, deren Recht auch erschöpfend geregelt hat (vgl. OVG. 82, 171, 173). Sie sind, wenn sie auch Bestandteile sowohl der Beiträge als auch der Steuern in sich tragen, kommunale Abgaben besonderer Art (OVG.: PrVerwBl. 49, 741). Die Vorschr. über direkte Steuern können nur beschränkt auf sie angewendet werden. Vor allem haben sie keine Verknüpfung mit der Gewerbesteuer. Der Sen. hat wiederholt ausgesprochen, daß eine sog. Maßstabsteuer ihre Rechtsnatur nicht aus dem ihrer Bemessung zugrunde gelegten Maßstabe ziehen kann. Die Kirchensteuer bleibt z. B. eine Personalsteuer auch insoweit, als sie in Zuschlägen zur preußischen Grundvermögensteuer erhoben wird; sie wird hierdurch nicht zur Realsteuer. Ebenso sind die Berufsschulbeiträge, soweit sie in Zuschlägen zu den Gewerbesteuergrundbeträgen erhoben werden, nicht wegen dieser Bemessungsgrundlage den Gewerbesteuern gleichzustellen. Daß sie deren Rechtsnatur nicht haben, geht allein schon daraus hervor, daß sie auch von Nichtgewerbetreibenden erhoben werden. Denn es ist unmöglich, den Berufsschulbeiträgen eine verschiedenartige Rechtsnatur zuzusprechen, je nachdem, ob sie von Gewerbetreibenden oder von anderen Personen zu zahlen sind.

Hiernach hat das RBankG. die Freiheit von Berufsschulbeiträgen für die Reichsbank nicht herbeigeführt. Wenn die Reichsbank sich darauf beruft, daß die Deutsche Reichsbahn von den Berufsschulbeiträgen freigestellt worden ist (OVG. 82, 187, 195), so geschah dies allein deshalb, weil die Berufsschulbeiträge als eine unzulässige „neue" Abgabe i. S. § 14 RBahnG. aufzufassen sind.

Aber auch sonst ist der Anspruch der Kl. auf Freilassung nicht begründet. Die von der Stadt Berlin über die Berufsschulbeiträge erlassenen Best. unterscheiden in den beiden in Betracht kommenden Rechnungsjahren a) Gewerbetreibende und b) nichtgewerbetreibende Arbeitgeber. Dies entspricht den Vorschr. des § 16 GVG. Es fragt sich also, in welche dieser beiden Gruppen die Reichsbank einzureihen ist. Dies hängt ab von der Best. des Begriffs des Gewerbetreibenden. Nach der ständigen Rspr. des OVG. hat der Gesetzgeber in § 16 GVG. sich angelehnt an die PrGewStVO. (s. OVG. 81, 229). Und zwar ist Gewerbetreibender in diesem Sinne nur derjenige, welcher tatsächlich der Gewerbesteuer unterworfen ist. Denn wesentlich wegen des vorhandenen bequemen Maßstabs der Gewerbesteuergrundbeträge hat der Gesetzgeber, der Gewerbe- und Nichtgewerbetreibende diesen Beiträgen unterwirft, zwischen beiden Berufsarten überhaupt unterschieden. Das OVG. hat daher z. B. landwirtschaftliche Unternehmer, die an sich gem. § 1 Abs. 2 GewStVO. der subjektiven Gewerbesteuerpflicht unterliegen, aber nach § 3 Ziff. 1a a. a. O. von ihr befreit sind, zu den nichtgewerbetreibenden Arbeitgebern i. S. des § 16 Abs. 2 Buchst. b gerechnet.

An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Liegt es aber so, daß eine Person, die nach § 1 Abs. 2 GewStVO. als Gewerbetreibender anzusprechen wäre, aber durch § 3 a. a. O. von der Gewerbesteuer befreit ist, nicht als Gewerbetreibender i. S. des § 16 Abs. 2a GVG. anzusehen ist, so kann es nicht anders liegen in Fällen, in denen die Gewerbesteuerfreiheit auf einem anderen, besonderen Gesetze beruht. Dies trifft auf die Reichsbank zu. Daher fällt sie, soweit die sonstigen Voraussetzungen der Gruppe b (§ 16 Abs. 2b GVG.) vorliegen, ohne weiteres unter den Begriff des nichtgewerbetreibenden Arbeitgebers i. S. des Buchst. b a. a. O. Denn von der Gruppe b ausgenommen sind die Gewerbetreibenden nur, soweit sie zur Gruppe a gehören, d. h., wie ausgeführt, soweit sie gewerbesteuerpflichtig sind. Eine dritte Gruppe (c) kennt der maßgebende § 16 GVG. nicht. Schließlich steht auch der Umstand, daß die Reichsbank auch öffentlichrechtliche Aufgaben erfüllt, ihrer Beitragspflicht nicht entgegen; denn auch Staatshoheitsverwaltungen sind nicht befreit (VOG. 90, 232). Die Heranziehung der Reichsbank zu Kopfbeiträgen von je 3 *RM* war daher berechtigt.

(PrOVG., 8. Sen., Urt. v. 2. April 1935, VIII C 9/33.)

*

81. Wegeunterhaltung. Brücken. § 18 DotationsG. v. 8. Juli 1875 (GS. 497). An dem in der Entsch. v. 9. Okt. 1930 (OVG. 86, 298 fg.) aufgestellten Rechtssatz, daß nach § 18 DotationsG. kraft Gesetzes alle diejenigen Brücken ohne weiteres auf die Provinzen übergegangen sind, die rechtlich zu den Chausseen gehörten, ist festzuhalten. Eine Observanz entsteht trotz langjähriger Übung nicht, wenn diese Übung sich auf Grund irrtümlicher Auslegung des geltenden Rechtes gebildet hat.

Zwischen den Parteien (dem preuß. Staat, vertreten durch den RegPräs., und dem ObPräs. (Verwaltung des ProvVerb.) besteht Streit über die Pflicht zur Unterhaltung dreier in der Provinz Hannover gelegener Brücken, von denen sich eine im Zuge der Chaussee Bremen—Wesermünde befindet, die beiden anderen im Zuge der Stade—Francoper Chaussee liegen. Diese Brücken sind bisher von dem preuß. Staat unterhalten worden. Dieser hat aber ausgeführt, der ProvVerb. sei zur Unterhaltung verpflichtet, da die bezeichneten Chausseen bei Erlaß des Ges. betr. Ausführung der §§ 5, 6 Ges. v. 30. April 1873 wegen der Dotation der Provinzial- und Kreisverbände v. 8. Juli 1875 (GS. 497) als Staatschausseen ausgebaut gewesen seien und nach § 18 dieses Ges. die Unterhaltung der damals bereits ausgebauten Staatschausseen mit allen Pertinenzien, wozu auch die Brücken gehörten, auf den ProvVerb. übergegangen sei. Der preuß. Staat hat daher gegen den ObPräs. (ProvVerb.) Klage im VerwStrVerf. mit dem Antrag erhoben, festzustellen, daß die Provinz Hannover öffentlichrechtlich verpflichtet ist, folgende Brücken und Fähren zu unterhalten: 1. die Straßenbrücke über die Lesum bei Burg im Zuge der Heerstraße Bremen—Wesermünde, soweit die Unterhaltung nach dem Übereinkommen mit Bremen dem preuß. Staate obliegt, 2. die Klappbrücke über die Lühe bei Steinkirchen im Zuge der Stade—Francoper Chaussee, 3. die Drehbrücke über die Este bei Hove im Zuge der Stade—Francoper Chaussee. Der Bekl. hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen: Die Unterhaltung der streitigen Brücken sei gemäß dem Verzeichnis der Landdrostei Stade v. Nov. 1875 nicht auf den ProvVerb. übergegangen, sondern bei dem Staate verblieben, weil diese Brücken bis dahin aus anderen Titeln als aus dem Chausseebaufonds unterhalten worden seien und nach dem DotationsG. nur die Unterhaltung derjenigen Brücken auf die Provinzen übergegangen sei, die bis zum Erlaß dieses Gesetzes aus dem Chausseebaufonds unterhalten worden seien. Das habe auch das OVG. früher in ständiger Rspr. anerkannt. Wenn das OVG. neuerdings in seiner Entsch. v. 9. Okt. 1930 einen anderen Standpunkt eingenommen und ausgeführt habe, daß die Unterhaltung einer Brücke aus einem anderen Etatstitel als dem Chausseebaufonds es nicht rechtfertige, diese Brücke von der Überweisung an die Provinz auszunehmen, so sei dieser Auslegung des DotationsG. nicht beizutreten. Gehe man aber trotzdem von dem in der erwähnten neuen Entsch. des OVG. eingenommenen Standpunkt aus, so sei doch im vorl. Falle zwischen Kl. und Bekl. nach Erlaß des DotationsG. eine Vereinbarung dahin zustande gekommen,

daß Kl. diese Brücken weiter zu unterhalten habe, oder aber den Kl. treffe die Unterhaltungspflicht, weil sich ihm gegenüber eine entsprechende Observanz gebildet habe. Auch verböten Treu und Glauben dem Kl., sein Verhalten, nachdem er die Brücke seit Erlaß des DotationsG. etwa 60 Jahre lang unterhalten habe, plötzlich zu ändern.

Das BezVerwGer. hat durch Urt. dahin erkannt, daß Bekl. verpflichtet sei, die streitigen Brücken zu unterhalten. Es nimmt mit der neueren Rspr. des OVG. an, daß nach dem DotationsG. die Chausseen grundsätzlich mit allem Zubehör auf die Provinzen übergehen sollten und für die Entscheidung der Frage, ob eine Brücke als Zubehör mitübergegangen sei, nicht von Bedeutung sei, aus welchem Fonds die Brücke bisher unterhalten worden sei. Das BezVerwGer. führt aus, daß danach auch die Unterhaltungspflicht an den streitigen Brücken auf Bekl. gemäß dem DotationsG. übergegangen und eine Abänderung dieses gesetzlichen Zustandes weder durch Vereinbarung noch durch Observanz erfolgt sei, weil eine Abänderung des durch Gesetz festgelegten Rechtszustandes im Gesetz nicht vorgesehen sei und nicht erfolgen könne, wenn nicht das Gesetz selbst es zulasse.

Die Rev. des Bekl. wies das OVG. zurück.

Die Rev. greift zunächst das Urt. des OVG. v. 9. Okt. 1930 (OVG. 86, 298, 299 ff.) an. Dieser Angriff geht fehl.

Das OVG. hat in der bezeichneten Entsch. den Rechtssatz aufgestellt, daß nach § 18 Abs. 2 DotationsG. v. 8. Juli 1875 in die Unterhaltungspflicht der Provinzen alle diejenigen Brücken ohne weiteres übergegangen seien, die rechtlich zu den Chausseen gehörten.

Wenn Bekl. demgegenüber ausführt, diese Auslegung stehe im Widerspruch mit dem Wortlaut des § 18 DotationsG., weil danach die Chausseeverwaltung nicht schlechthin, sondern nur in dem Umfange, der sich aus der etatsmäßigen Behandlung ergebe, auf die Provinzen übertragen werde, so ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt vielmehr klar, daß bei bereits ausgebauten Chausseen keine Ausnahme von der Übertragung bzgl. einzelner Bestandteile einer Chaussee gemacht wurde. Ausnahmen bzgl. einzelner Bestandteile, insbes. Brücken, sind im Gesetz überhaupt nicht ausdrücklich vorgesehen. Von der Übertragung ausgenommen sind nur diejenigen Chausseen im ganzen, die nach Erlaß des Gesetzes aus anderen Mitteln als denen des überwiesenen Chausseebaufonds ausgebaut wurden (§ 18 Abs. 1 DotationsG.), oder deren Kosten bisher aus berg- oder forstfiskalischen Fonds bestritten worden sind (§ 18 Abs. 5 a. a. O.). Wenn Bekl. meint, unter diesen Umständen sei das Gesetz dahin aufzufassen, daß von der Übertragung auf die ProvVerb. nicht nur die ausdrücklich im § 18 Abs. 5 a. a. O. aufgeführten, bisher aus anderen Fonds unterhaltenen Chausseen, sondern auch sämtliche bisher aus anderen Fonds unterhaltenen Brücken ausgeschlossen seien, so ist dieser Ansicht nicht beizutreten. Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich nichts zugunsten der Auffassung des Bekl. herleiten. § 18 Abs. 1 u. 2 sagt vielmehr ausdrücklich, daß die Unterhaltung der bereits ausgebauten Staatschausseen und das Eigentum daran nebst allen Nutzungen und Pertinenzien auf die ProvVerb. übergeht. Daraus erhellt eindeutig, daß grundsätzlich die ausgebauten Chausseen mit ihren sämtlichen Bestandteilen übergehen sollten. Die Frage aber, was als Bestandteil der Chaussee anzusehen ist, ob insbes. Brücken dazu gehören, ist auf Grund der allgemein geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden. Nicht maßgebend ist dabei die gelegentlich der Beratung des DotationsG. ausgesprochene Ansicht, daß die bisher nicht aus dem Chausseebaufonds unterhaltenen Brücken nicht auf die Provinzen übergehen sollten. Diese Auffassung mag zwar unwidersprochen geblieben sein, sie ist aber nicht Inhalt des Gesetzes geworden und kann gegenüber der abweichenden klaren Fassung des Gesetzes nicht berücksichtigt werden. Denn bei der Auslegung eines Gesetzes ist der in ihm selbst zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers und nicht der Inhalt von anders lautenden Erklärungen maßgebend, die bei der Beratung des Gesetzentwurfs abgegeben, aber später nicht Bestandteil des Gesetzes geworden sind. Hiernach war an dem von dem OVG. aufgestellten Rechtssatz festzuhalten. Dabei ist durchaus auch die Interessenlage der Beteiligten, auf die der Bekl. hinweist, insbes. die für die Provinzen sich ergebende Mehrbelastung, erwogen worden. Der Senat ist aber zu dem Ergebnis gelangt, daß sie gegenüber der klaren gesetzlichen Bestimmung nicht von entscheidender Bedeutung sein kann.

Geht man von dem dargelegten Rechtsstandpunkt aus, so ist durch das Gesetz dem Bekl. auch die Unterhaltung der streitigen Brücken übertragen worden. Denn nach dem in der Provinz Hannover geltenden Recht sind Brücken grundsätzlich als Bestandteile der Chausseen, in deren Zuge sie liegen, anzusehen (Hann. Ges. über Chausseebau v. 20. Juni 1851 [HannGS. 119], § 5 Nr. 1).

Es ist weiter von dem BezVerwGer. zutreffend festgestellt worden, daß diese Unterhaltungslast bei dem Bekl. verblieben und eine Rückübertragung an den Kl. weder durch eine zwischen den Prozeßparteien getroffene Vereinbarung noch durch eine später entstandene Observanz erfolgt ist. Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob es überhaupt rechtlich zulässig ist, daß eine Provinz die ihr gem. § 18 DotationsG. zugefallene Unterhaltungslast — abgesehen von den in § 18 Abs. 3 u. 4 a. a. O. vorgesehenen Fällen — durch Vereinbarung auf Dritte überträgt, und ob sich eine von den Bestimmungen des DotationsG. abweichende Observanz überhaupt bilden kann. Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es deshalb nicht, weil weder eine Vereinbarung zwischen den Parteien des Rechtsstreits über die Übertragung der Unterhaltungspflicht zustande gekommen ist noch die Voraussetzungen für eine Observanzbildung erfüllt sind.

Für das Vorliegen einer Vereinbarung über die Unterhaltung besteht kein Anhalt. Daß zwischen den Parteien irgendwelche Verhandlungen über eine solche Vereinbarung stattgefunden haben, ist nicht behauptet worden. Alle Umstände weisen darauf hin, daß der Staat die Unterhaltung auch nach Erlaß des DotationsG. weiter ausgeführt hat, weil er annahm, nach dem Gesetz dazu verpflichtet zu sein; ebenso war auch die Auffassung der bekl. Provinz, wie diese selbst vorträgt. Beiden Teilen fehlte der Wille, eine besondere Vereinbarung über die Unterhaltung abzuschließen; ein solcher Wille ist auch niemals erklärt worden. Beides wäre aber Voraussetzung für das Zustandekommen einer Vereinbarung gewesen. Eine Vereinbarung liegt daher nicht vor.

Ebenso fehlt es auch an einer die Vorschriften des DotationsG. abändernden Observanz. Eine Observanz stellt sich dar als langdauernde, gleichmäßige, tatsächliche Übung innerhalb eines Kreises von Beteiligten auf Grund der Überzeugung, hierzu rechtlich verpflichtet zu sein. Trotz Vorliegens der sonstigen Voraussetzungen entsteht eine Observanz nicht, wenn sich die Übung bildet auf Grund einer irrtümlichen Auslegung des geltenden Rechts. Dann liegt keine Rechtsschöpfung, wie sie die Observanz erfordert, vor, sondern lediglich eine unrichtige Rechtsanwendung, von der jederzeit wieder abgegangen werden kann (Drews, Preuß. Polizeirecht, Bd. 2 S. 292, 295; Germershausen-Seydel, Wegerecht u. Wegeverwaltung in Preußen, Bd. 1, 4. Aufl., S. 315; OVG. 76, 382). So liegt der Fall hier. Beide Parteien haben in Übereinstimmung mit der früheren Rspr. des OVG. die Vorschriften des DotationsG. dahin ausgelegt, daß nur diejenigen Brücken, die bei Erlaß des Gesetzes aus dem Chausseebaufonds unterhalten worden sind, in die Verwaltung der Provinzen übergingen. Mit Rücksicht hierauf hat Kl. die Brücken weiter unterhalten. Diese Rechtsanwendung hat sich nunmehr als unrichtig herausgestellt, da das Gesetz grundsätzlich die Übertragung sämtlicher im Zuge der ausgebauten Chausseen vorhandenen Brücken in die Verwaltung der Provinzen angeordnet hat und für diese Übertragung die Frage, aus welchem Fonds die Brücken früher unterhalten worden sind, nicht von Bedeutung ist. Mit Rücksicht auf diesen Irrtum ist eine Observanz im vorl. Falle nicht entstanden, obwohl der Staat die Brücken lange Zeit hindurch unterhalten hat. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die weitere Voraussetzung für die Entstehung einer Observanz, daß Übung und Rechtsüberzeugung sich innerhalb einer Gemeinschaft von Beteiligten entwickelt haben, erfüllt ist.

Schließlich ist dem Vorderrichter darin beizutreten, daß Bekl. sich gegenüber der Klage nicht mit Erfolg auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen kann. Es ist nicht anzuerkennen, daß im vorl. Falle das Verlangen des Kl. nach Feststellung des einem gültigen Gesetz entsprechenden Zustandes gegen Treu und Glauben verstößt. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit kann dem Kl. nicht gemacht werden, wenn er im Vertrauen auf die frühere Rspr. des OVG. zunächst davon abgesehen hat, eine Feststellung der Unterhaltungspflicht des Bekl. zu verlangen, und mit seinem Anspruch erst hervorgetreten ist, nachdem das OVG. seinen Rechtsstandpunkt geändert hatte. Andererseits wird der wirtschaftliche Bestand der bekl. Provinz nicht dadurch berührt, daß sie gemäß dem Gesetz für verpflichtet erklärt wird, die streitigen Brücken zu unterhalten.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 27. Juni 1935, IV C 66/34.)

*

82. Formell illegale Bauten. Unselbständige polizeiliche Verfügung. Ist ein Bau ohne baupolizeiliche Erlaubnis (formell illegal) errichtet, so kommt es für die Rechtsgültigkeit der eine Änderung des Baues fordernden polizeilichen Verfügung lediglich auf das zur Zeit des Erlasses der Verfügung geltende Recht an. Schreibt eine PolVO. rechtsgültig eine bestimmte Maßnahme vor und umfaßt diese Maßnahme als die weitergehende zugleich eine andere nicht so weitgehende Maßnahme, so stellt auch die polizeiliche Verfügung, die diese letztere Maßnahme anordnet, eine auf der PolVO. beruhende unselbständige Verfügung dar. Es genügt daher für ihre Rechtsgültigkeit die in der PolVO. einwandfrei festgestellte allgemeine Gefahr (in abstracto) und es bedarf auch für sie nicht des Vorliegens einer Gefahr im Einzelfall (in concreto).

Auf dem Grundstück des Bauern P. in R. ist i. J. 1899 ein aus Wohnräumen und Stall bestehendes Gebäude auf Grund Baugenehmigung des Amtsvorstehers v. 18. April 1899 gebaut worden,

die u. a. die Bedingung enthielt, daß der Bau von der Nachbargrenze 1,50 m entfernt bleibe. Später stellte sich heraus, daß die dieser Grenze zugekehrte Wand des Gebäudes an einer Ecke zwar den vorgeschriebenen Abstand von 1,50 m hat, im übrigen aber schräg zu dieser Grenze steht und mit der anderen Ecke sogar darüber hinausgebaut ist. Auf eine Reihe von Beschw. der Witwe R., auf deren Nachbargrundstück inzwischen parallel zu diesem Gebäude des Bauern P. ebenfalls ein Wohnhaus errichtet worden war, gab der Amtsvorsteher dem Bauern P. durch Vfg. v. 2. Dez. 1931 auf, am Dach seines Wohn- und Wirtschaftsgebäudes einen Schneefang anzubringen und eine massive Dachrinne so anzulegen, daß durch das Traufwasser das Nachbargrundstück nicht geschädigt werde. Nach vergeblicher Beschw. erhob P. Klage im VerwStrVerf. mit dem Antrag, die PolVfg. v. 2. Dez. 1931 aufzuheben; denn nach Erteilung einer baupolizeilichen Genehmigung könne nachträglich eine bauliche Änderung nicht verlangt werden. Zur Zeit der Errichtung seines Gebäudes habe kein Zweifel bestanden, daß der Bau innerhalb der Grundstücksgrenzen aufgeführt worden sei. Erst später habe sich herausgestellt, daß er in einer Ecke etwas die Grenze überschreite. Der Nachbar habe aber den bestehenden Zustand geduldet. Die Anbringung eines Schneefangs sei überflüssig. Seit Bestehen des Gebäudes sei niemals ein Schaden eingetreten.

Der BezAussch. hob die angegriffene PolVfg. auf mit der Begründung, daß die PolVO. über Bauten in den ländlichen Ortschaften des RegBez. Oppeln (Ländl. BauO.) v. 1. Nov. 1911 (Sonderbeil. zu Nr. 49 des RegAmtsbl.) noch keine rechtliche Grundlage für die Forderung auf Anbringung eines Schneefangs und einer Dachrinne gebe; dies tue erst die BauPolVO. für das platte Land v. 12. April 1932 (2. Sonderbeil. zu Stück 18 des RegAmtsbl.). Da nach dem Gutachten des Kreisbaumeisters aber die den Schneefang und die Dachrinne betreffende Forderung auch nicht zur Abwendung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung notwendig sei, verletzte — so stellte der BezAussch. fest — die PolVfg. das bei ihrem Erlaß geltende Recht.

Auf Rev. des bekl. Landrats wies das OVG. die Klage ab.

Richtig hat der BezAussch. festgestellt, daß am 2. Dez. 1931 in R. noch die ländl. BauO. v. 1. Nov. 1911 galt, die die Anbringung von Schneefang und Dachrinnen noch nicht fordert. Diese Feststellung trifft aber nicht den Kern der Sache. Die Prüfung des BezAussch. mußte vielmehr von dem vom Gerichtshof in ständiger Rspr. festgestellten Grundsatz ausgehen, daß ein in wesentlicher Abweichung von dem genehmigten Bauplan und unter Verstoß gegen das z. Z. der Erteilung der Baugenehmigung geltende materielle Baupolizeirecht ausgeführter Bau insoweit als nicht genehmigt zu betrachten ist. Dabei gilt der weitere Rechtsgrundsatz, daß für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines ohne Erlaubnis errichteten (formell illegalen) Baues nicht, wie grundsätzlich bei formell legalen Bauten, der Rechtszustand z. Z. der Errichtung des Baues maßgebend ist, wenn gegen den Bau polizeilich eingeschritten wird und sich das materielle Recht in der Zeit zwischen der Errichtung des Baues und dem polizeilichen Einschreiten geändert hat. Vielmehr ist für formell illegale Bauten das materielle Recht z. Z. des polizeilichen Einschreitens zugrunde zu legen. Die Rechtmäßigkeit einer einen formell illegalen Bau betreffenden PolVfg. muß daher, wie regelmäßig bei PolVfg., nach dem Rechtszustande z. Z. ihres Erlasses geprüft werden (Scholz, Handb. des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts, Bd. I S. 204). Unbeachtlich ist dabei der gegen die Rev. des Bekl. erhobene Einwand des Kl., daß sein Haus in seinem jetzigen Bauzustand vor Jahrzehnten baupolizeilich abgenommen worden sei; denn es liegt, falls ein Bau von der genehmigten Bauvorlage abweicht, in der unbeanstandeten polizeilichen Abnahme des Baues noch keine Baugenehmigung dieser Abweichung (OVG. 81, 419). Unstreitig hat die dem Grundstück der Nachbarin R. zugekehrte Wand des Hauses des Kl. von der Grenze zu diesem Grundstück nicht durchweg den von der Baupolizeibehörde im Bauschein v. 18. April 1899 entsprechend § 15 d u. a der damals für R. gültigen BaupolVO. v. 31. Dez. 1889 (RegAmtsbl. 1890, 14) ausbedungenen Abstand von 1,50 m; sie ist vielmehr, wie der Kl. selbst angegeben hat, an einer Ecke etwas über diese Grenze gebaut. Hierin liegt in Hinsicht auf das Nachbargrundstück eine wesentliche Abweichung von dem genehmigten Bauplan. Die Baupolizeibehörde war daher, nachdem diese Abweichung erst durch die Beschw. der Nachbarin v. 2. April 1930 zu ihrer Kenntnis gekommen war, berechtigt, hinsichtlich dieser Abweichung das Gebäude des Kl. als ohne Baugenehmigung errichtet zu behandeln. Seit der i. J. 1899 erfolgten Errichtung des streitigen, hinsichtlich der Entfernung von der Grenze formell illegalen Baues hat sich das materielle Baurecht durch die ländliche BauO. v. 1. Nov. 1911 geändert. Es kommt daher nach dem obigen Grundsatz, soweit eine illegale Bauausführung vorliegt, nicht darauf an, ob der Bau z. Z. seiner Errichtung auch gegen das materielle Baurecht verstieß (zugleich materiell illegal war), sondern nur darauf, ob die PolVfg. nach dem z. Z. ihres Erlasses geltenden Rechtszustande gerechtfertigt ist. Das trifft zu nach der BauO. v. 1. Nov. 1911, die anzuwenden ist, soweit der Bau illegal ausgeführt ist, d. h. hinsichtlich des Ausmaßes der einzuhaltenden Entfernung von der Nachbargrenze. Denn nach § 17 Ziff. II und IV a. a. O. müssen Gebäude 3 bzw. 5 m von der Nachbargrenze entfernt bleiben, wenn — wie bei dem Gebäude des Kl. — die der Nachbargrenze zugekehrte Wand nicht als Brandmauer ausgebildet ist. Kl. ist nicht dadurch beschwert oder in seinen Rechten verletzt, daß die Polizei nicht das an sich mögliche weitergehende Mittel der Hausversetzung, sondern das mildere Mittel der Anbringung von Schneefang und Traufe forderte. Auch war nicht — wie der BezAussch. glaubt — der Nachweis erforderlich, daß ein individuell bestimmter Gefahrfall gerade diese Anbringung notwendig erscheinen ließ. Die dahingehende kleinere polizeiliche Forderung wird mitumfaßt und gedeckt durch die größere nach § 17 II bzw. IV a. a. O. ohne weiteres gerechtfertigte Forderung und stellt sich daher ebenfalls als eine auf der PolVO. beruhende sog. unselbständige Vfg. dar. Es genügt daher auch für ihre Rechtsgültigkeit die in der PolVO. einwandfrei festgestellte allgemeine Gefahr (in abstracto), und es bedarf auch für sie nicht des Vorliegens einer Gefahr im Einzelfalle (in concreto). Im übrigen war, wie jede PolVfg., auch diese Forderung als mit dem ungeschriebenen Zusatz versehen zu betrachten, daß es dem Kl. überlassen sei, an Stelle der geforderten Maßnahmen den ungenehmigten Gebäudeteil vollkommen mit dem jetzt geltenden Baurecht in Übereinstimmung zu bringen, im vorl. Falle also ihn auf 3 bzw. 5 m Abstand von der Grenze zurückzurücken.

Weil der BezAussch. dies rechtsirrtümlich verkannt hat, unterlag seine Entsch. der Aufhebung. Bei freier Beurteilung war, wie geschehen, zu erkennen.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 27. Juni 1935, IV C 106/34.)

*

83. §§ 36, 55 PrFischG. v. 11. Mai 1916 (GS. 55). **Zugehörigkeit zu Fischereigenossenschaften. Unerläßliche Voraussetzung für Zugehörigkeit zu einer Fischereigenossenschaft ist, daß der als Genosse in Anspruch Genommene ein Fischereirecht im Genossenschaftsgebiete besitzt. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist im Streitverfahren vom Verwaltungsrichter ohne Rücksicht auf die Angaben der Parteien selbständig festzustellen.**

Für das Grundstück R. Bl. 11 soll nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien eine Fischereiberechtigung in der Oder bestehen, und zwar auf einer Strecke, die im Gebiete der Fischereiwirtschaftsgenossenschaft K. liegt. Diese Genossenschaft umfaßt nach ihrer vom zuständigen RegPräs. gem. § 83 FischG. v. 11. Mai 1916 am 7. März 1928 genehmigten Satzung alle in der Oder auf den im § 3 der Satzung angegebenen Strecken zur Fischerei Berechtigten. Miteigentümer des Grundstücks R. Bl. 11 sind unstreitig die drei Geschwister Marie, Franziska und Waleska P. Sie bestreiten sämtlich, Mitglieder der Genossenschaft zu sein. Die Genossenschaft erhob gegen die drei Schwestern P. gem. § 55 FischG. v. 11. Mai 1916 Klage im Verwaltungsstreitverfahren auf Feststellung von deren Zugehörigkeit zur Genossenschaft. Durch das zuständige Kreisverwaltungsgericht wurde auf die Kl. dahin erkannt, daß die Bekl. als Miteigentümerinnen des Grundstückes R. Bl. 11 Mitglieder der klagenden Genossenschaft seien. Die Ber. der Bekl. gegen diese Entsch. blieb ohne Erfolg. Auf Rev. der Bekl. wies das OVG. die Sache an das Bezirksverwaltungsgericht zurück.

Erste Voraussetzung für die Zugehörigkeit zu der klagenden Genossenschaft ist nach deren Satzung und dem Gesetz — § 36 FischG. v. 11. Mai 1916 — das Bestehen eines Fischereirechts in den in der Satzung als Genossenschaftsgebiet bezeichneten Gewässern. In dem mit der Rev. angef. Urt. wird diese Voraussetzung bei den Bekl. ohne weiteres als gegeben angesehen, weil sie selbst ein solches Fischereirecht als Miteigentümerinnen des Grundstücks R. Bl. 11 für sich in Anspruch nehmen. Dabei ist aber verkannt worden, daß nach der das Verwaltungsstreitverfahren beherrschenden Untersuchungsmaxime der Verwaltungsrichter ohne Rücksicht auf die Angaben der Parteien von Amts wegen zu prüfen hatte, ob tatsächlich die Beklagten ein solches Fischereirecht besitzen. Die Begr. der angef. Entsch. läßt nicht erkennen, daß das Bezirksverwaltungsgericht oder vorher das Kreisverwaltungsgericht eine derartige selbständige Prüfung vorgenommen hat. Der Umstand, daß nach der Feststellung des Bezirksverwaltungsgerichts mit dem Grundstück, dessen Miteigentümerinnen die drei Bekl. unstreitig sind, von jeher ein Fischereirecht der gedachten Art verbunden gewesen sein soll, machte eine solche Prüfung nicht überflüssig. Denn nach § 11 FischG. sind derartige, nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehende, alte Fischereirechte grundsätzlich nur aufrechterhalten geblieben, wenn binnen einer Frist von zehn Jahren nach Inkrafttreten des gen. Ges., d. h. bis zum 14. April 1927, ihre Eintragung in das Wasserbuch beantragt worden ist. Ausgenommen hiervon sind nach Abs. 2 des § 11 a. a. O. nur Rechte, die im Grundbuch eingetragen sind. Nach der Auslegung, die diese Best. in der ständigen Rspr. gefunden hat, betrifft diese Ausnahme nur solche Fischereirechte, die im Grundbuch des belasteten Wassergrundstücks eingetragen sind, oder für die als selbständige Fischereiberechtigung

ein besonderes Grundbuchblatt gebildet ist. Weder die Erklärung der Parteien noch der sonstige Akteninhalt geben einen Anhalt dafür, daß das bei dem von den Bekl. beanspruchten Fischereirechte zutrifft, und ebensowenig, daß die Eintragung des Rechtes in das Wasserbuch rechtzeitig beantragt worden ist. Es besteht also die Möglichkeit, daß das mit dem Grundstück R. Bl. 11 verbundene Fischereirecht inzwischen infolge Nichtanmeldung oder nicht rechtzeitiger Anmeldung zur Eintragung in das Wasserbuch erloschen ist. Bei dieser Lage der Sache hätte das Bezirksverwaltungsgericht zunächst die in dieser Hinsicht bestehenden Zweifel von Amts wegen durch Anstellung weiterer Ermittlungen, vor allem durch Heranziehung der Wasserbuch- und Grundbuchakten, aufklären müssen. Darin, daß es dies unterlassen hat, liegt eine Verletzung der ihm nach § 71 PrLVG. obliegenden Aufklärungspflicht, die zur Aufhebung der angef. Entsch. führen mußte.

Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif.

Nach den vorstehenden Darlegungen muß von dem Bezirksverwaltungsgericht, an das die Sache zurückzuverweisen war, zunächst noch durch weitere Ermittlungen festgestellt werden, ob tatsächlich noch gegenwärtig den Bekl. als Miteigentümerinnen des Grundstücks R. Bl. 11 das mit diesem verbundene Fischereirecht in dem Gebiete der klagenden Genossenschaft zusteht, oder ob nicht etwa dieses Recht infolge nicht rechtzeitigen Antrags auf seine Eintragung in das Wasserbuch erloschen ist. Ist das Recht erloschen, dann muß das ohne weiteres zur Abweisung der Klage führen, weil, wie bereits erwähnt, Mitglieder der Kl. nur diejenigen Personen sind und sein können, die zur Zeit ein Fischereirecht in dem Genossenschaftsgebiet besitzen. Im anderen Falle würde sich dagegen der mit der Klage verfolgte Feststellungsanspruch als begründet erweisen.

(PrOVG., 5. Sen., Urt. v. 29. April 1935, V C 6/35.)

*

84. §§ 119, 120 PrWassG. v. 13. April 1913 (GS. 53). Uferunterhaltung. § 120 Abs. 5 WassG. enthält eine Sondervorschrift, die in Abweichung von den sonstigen in den §§ 119, 120 a. a. O. getroffenen Bestimmungen die öffentlich-rechtliche Unterhaltung der aus Gebäuden, Mauern und ähnlichen Bauwerken gebildeten Ufer ausschließlich dem Eigentümer dieser Bauwerke überträgt.

Im Jahre 1929 stellte sich heraus, daß die Ufermauer an der rechten Seite des W.er Mühlgrabens, eines künstlichen Wasserlaufs zweiter Ordnung, entlang den dem H. gehörenden Hausgrundstücken in W. baufällig geworden war und einzustürzen drohte. Der zuständige Landrat als Wasserpolizeibehörde forderte daraufhin im Juli 1929 H. durch polizeiliche Vfg. auf, die beschädigte Ufermauer wieder ordnungsmäßig herzustellen. H. weigerte sich mit der Begr., daß die Baufälligkeit der Mauer durch Verschulden des zur Unterhaltung des Mühlgrabens Verpflichteten entstanden sei, der es versäumt habe, den Uferfuß instand zu halten. Infolgedessen sei Wasser aus dem Mühlgraben in und unter die Mauer eingedrungen und habe ihr Gefüge gelockert. Der Landrat gab nunmehr dem Fabrikbesitzer L. als Eigentümer des Mühlgrabens gleichfalls durch polizeiliche Vfg. die Wiederherstellung der Ufermauer vor dem Grundstück Z.straße 25 auf. L. beschwerte sich hiergegen bei dem zuständigen RegPräs. mit der Begr., daß nicht er als Eigentümer des Mühlgrabens, sondern H. als Eigentümer des Ufergrundstücks für die Instandsetzung der beschädigten Mauer zu sorgen habe. Der RegPräs. wies die Beschw. zurück, weil L. gem. § 119 WassG. als Eigentümer des Mühlgrabens und zu dessen Unterhaltung Verpflichteter auch die beschädigte Ufermauer instand zu setzen habe. H. sei als Uferanlieger nur verpflichtet, nach Maßgabe der genannten Vorschr. zu den Kosten der Unterhaltungsarbeiten beizutragen. Am 22. Sept. 1930 fand vor dem Landrat eine örtliche Verhandlung unter Zuziehung des L. und des H. statt, in welcher der Plan für die Wiederherstellung der Mauer und die Art der Aufbringung der Kosten erörtert wurden. Nach einer in den Akten befindlichen Niederschrift sollen sich in dieser Verhandlung L. und H. dahin geeinigt haben, daß von den auf etwa 2000 RM geschätzten Instandsetzungskosten H. 2/3 und L. 1/3 zu tragen habe, H. auch die Ausführung der erforderlichen Instandsetzungsarbeiten an einen von beiden Beteiligten ausgewählten Unternehmer übertragen und die Arbeiten überwachen sollte. Es wurde den Beteiligten zugleich von dem Landrat eröffnet, daß, falls mit den Arbeiten nicht spätestens am 1. Okt. 1930 begonnen worden sei, mit deren Ausführung von dem Landrat ein von ihm zu bestimmender Unternehmer beauftragt werden würde. Nach ergebnislosem Ablaufe dieser Frist eröffnete der Landrat den beiden Beteiligten, daß nunmehr die Instandsetzungsarbeiten von ihm vergeben werden würden, und forderte zugleich L. auf, zur Deckung der Kosten einen Vorschuß von 1200 RM zu zahlen. L. entsprach dieser Forderung. Der Landrat beauftragte nunmehr einen Maurermeister, die Ufermauer vor dem Hause Z.straße 25 nach Maßgabe eines von ihm vorgelegten Kostenanschlages wieder instand zu setzen. Die nach Ausführung der Instandsetzungsarbeiten vorgelegte Rechnung wurde auf 891 RM festgesetzt und zur Zahlung angewiesen. Es wurde dann L. von dem Landrat aufgefordert, unter Zugrundelegung dieses Betrages, eine Beitragsverteilungsliste gem. § 149 WassG. einzureichen. L. legte eine Liste vor, in der H. mit 80% der Gesamtkosten und L. mit 20% belastet wurden, machte aber zugleich geltend, daß er eine Verpflichtung zur Unterhaltung der Ufermauer überhaupt nicht anerkenne. Die Liste wurde vom Landrat öffentlich ausgelegt, H. erhob Einspruch, der durch Bescheid des Vorsitzenden des BezAussch. v. 12. Dez. 1931 als unbegründet abgewiesen wurde. Auf Beschw. von H. wurde dieser Bescheid durch Beschl. des OVG. v. 27. Okt. 1932 als der gesetzlichen Grundlage entbehrend aufgehoben, da es sich nur um einen einzigen Verpflichteten handele. L. beantragte nunmehr am 8. Nov. 1933 beim BezAussch. gem. § 148 WassG. festzusetzen, daß die von ihm an das Landratsamt gezahlten 891 RM zuzüglich 8% Zinsen seit Dez. 1930 von H. an ihn zurückzuerstatten seien. Der — inzwischen gemäß AnpassG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) an Stelle des BezAussch. als Beschlußbehörde getretene — RegPräs. gab den Antrag des L., der als Klage aus § 130 Abs. 2 WassG. anzusehen sei, an das zuständige BezVerwGer. ab.

Dieses entschied:

„1. Bekl. H. ist gemäß § 120 Abs. 5 WassG. zur Unterhaltung der streitigen Ufermauer auf seinem Grundstück verpflichtet.

2. Bekl. H. wird gem. § 130 Abs. 2 WassG. verurteilt, an L. 891 RM und 6% Zinsen seit der Klageerhebung zu zahlen."

Auf Rev. des Bekl. wies das OVG. die Sache an die Vorinst. zurück.

Unzulässig war es, daß das BezVerwGer., obwohl Kl. lediglich auf Grund § 130 Abs. 2 WassG. Erstattung der Instandsetzungskosten verlangt hatte, der Klage die Bedeutung beigelegt hat, es sei damit zugleich eine Feststellung gem. Abs. 1 des § 130 begehrt worden, daß der Bekl. zur Unterhaltung der instand gesetzten Ufermauer öffentlich-rechtlich verpflichtet sei, und über diesen Anspruch in der Urteilsformel entschieden hat. Für eine solche ausdehnende Auslegung der Klage fehlte es an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage. Die Feststellung, daß der auf Erstattung in Anspruch genommene Bekl. Träger der öffentlich-rechtlichen Unterhaltungspflicht sei, bildet allerdings die notwendige Voraussetzung für den mit der Klage verfolgten Erstattungsanspruch, gehört aber, wenn, wie hier, eine Feststellungsklage nicht erhoben ist, nicht in die Urteilsformel, sondern als sogenannte Inzidententscheidung in die Gründe. Das BezVerwGer. hat also über einen vom Kl. gar nicht erhobenen Anspruch entschieden. Darin liegt ein wesentlicher Mangel des Verfahrens, der insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils hätte führen müssen, wenn nicht schon aus einem anderen, noch zu erörternden Grunde die Aufhebung des Urteils in seinem ganzen Umfange geboten gewesen wäre.

Für den hiernach allein als Gegenstand des Streitverfahrens in Betracht kommenden Erstattungsanspruch war zunächst zu prüfen, ob seine Verfolgung im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens zulässig ist. Diese Prüfung war auch deshalb unerläßlich, weil Bekl. gerügt hatte, daß Kl. den Erstattungsanspruch nur im ordentlichen Rechtswege verfolgen könne. Damit hat er aber Unrecht. Nach § 130 Abs. 2 WassG. ist über Ansprüche von Beteiligten auf Erstattung des Geleisteten, d. h. der für Unterhaltung eines Wasserlaufs oder seiner Ufer gemachten Aufwendungen, gegen einen aus Gründen des öffentlichen Rechts zu einer derartigen Unterhaltung Verpflichteten im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden, ohne Rücksicht darauf, ob auf Anordnung der Wasserpolizeibehörde oder ohne eine solche geleistet worden ist. Diese Voraussetzungen der Verwaltungsklage liegen hier vor, wie sich ohne weiteres aus dem geschilderten Sachverhalt ergibt. Denn Kl. ist danach von der Wasserpolizeibehörde als nach ihrer Ansicht zur Unterhaltung der beschädigten Ufermauern öffentlich-rechtlich Verpflichteter in Anspruch genommen worden und verlangt vom Bekl. Erstattung des von ihm aufgewendeten Betrages mit der Behauptung, daß dieser der Träger der öffentlich-rechtlichen Unterhaltungspflicht sei. Es handelt sich hiernach im vorl. Verfahren zweifellos um einen Streit i. S. des § 130 Abs. 2 a. a. O.

Sachlich erweist sich der gegen den Bekl. gerichtete Erstattungsanspruch dem Grunde nach als gerechtfertigt, wenn Bekl. zur Ausführung der auf Kosten des Kl. vorgenommenen Arbeiten öffentlich-rechtlich verpflichtet war. Daß es sich dabei um Arbeiten gehandelt hat, die unter den Begriff der Unterhaltung fallen, kann nicht zweifelhaft sein, da sie dazu dienen sollten und gedient haben, einer Störung der Vorflut durch Einsturz der die Ufer des Mühlengrabens bildenden baufälligen Mauern vorzubeugen. Das BezVerwGer. hat die Verpflichtung des Bekl. zur Unterhaltung der

Mauern aus dem § 120 Abs. 5 WassG. hergeleitet, der bestimmt: Wird das Ufer durch Gebäude, Mauern, Bollwerke o. dgl. gebildet, oder ragen diese Bauwerke in den Wasserlauf hinein, so hat deren Eigentümer für die Unterhaltung zu sorgen.

Die Anwendung dieser Vorschr. auf den vorl. Streitfall kann keinen Bedenken unterliegen, da auf der streitigen Strecke die Ufer des W.er Mühlgrabens unstreitig durch Mauern gebildet werden, die bis zur Sohle des Wasserlaufs hinunterreichen. Träger der öffentlich-rechtlichen Uferunterhaltungslast auf der hier in Betracht kommenden Strecke ist danach der Eigentümer der Ufermauern. Die Unterhaltung umfaßt ferner die Mauern in ihrer ganzen Ausdehnung von der Wasserlaufsohle an bis über die Uferlinie hinaus. Es ist deshalb abwegig, wie das der RevKl. will, hinsichtlich der Unterhaltung der Mauern zwischen dem sogenannten Uferfuß, d. h. dem unter Wasser liegenden Teil der Mauer, und dem übrigen Teil der Mauer zu unterscheiden und für die Unterhaltung des unter Wasser liegenden Teils den Eigentümer des Wasserlaufs als dessen Unterhaltungspflichtigen verantwortlich zu machen. Eine solche Unterscheidung ist höchstens angebracht bei der normalen Uferunterhaltung, d. h. bei derjenigen, die Ufer betrifft, die nicht aus Mauern oder ähnlichen Bauwerken bestehen. Bei solchen Ufern regelt sich die Unterhaltung nach den in den §§ 119 und 120 Abs. 1—3 WassG. enthaltenen Vorschr. Danach hat der zur Unterhaltung des Wasserlaufs Verpflichtete grundsätzlich den unter der Uferlinie, also im Wasserlauf selbst, liegenden Teile des Ufers und auch den oberhalb der Uferlinie befindlichen zu unterhalten, soweit das erforderlich ist, um einer zukünftigen Behinderung der Vorflut durch Uferabbrüche vorzubeugen, während die Eigentümer der Ufergrundstücke die in den Abs. 1 und 2 des § 120 bezeichneten Arbeiten an den Ufern oberhalb der Uferlinie auszuführen haben. Der Abs. 5 des § 120 enthält aber eine Sondervorschrift, die in Abweichung von den sonstigen Unterhaltungsbestimmungen die Unterhaltung der aus Mauern oder ähnlichen Bauwerken gebildeten Ufer in ihrem ganzen Umfang, also oberhalb wie unterhalb der Uferlinie, ausschließlich dem Eigentümer der Bauwerke überträgt. Ob man dabei den unter der Uferlinie befindlichen Teil der Mauer oder des sonstigen Bauwerks auch als Uferfuß bezeichnen will oder nicht, ist ohne rechtliche Bedeutung.

Die Entsch. über den Klageanspruch hängt hiernach in erster Linie davon ab, ob der Bekl. Eigentümer der instand gesetzten Ufermauern ist. Da er das bestritten hat, mußte die streitige Eigentumsfrage durch Beweiserhebung geklärt werden.

(Das OVG. gelangt zu der Feststellung, daß die Eigentumsfrage bisher nicht geklärt sei, und weist deshalb die Sache an das BezVerwGer. zurück.)

(PrOVG., 5. Sen., Urt. v. 21. März 1935, V C 41/34.)

Badischer Verwaltungsgerichtshof

Berichtet von Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Klotz, Karlsruhe

85. § 15 Ziff. 8 KörpStG.; §§ 3, 6 Abs. 2 Satz 4 BadGrGewStG. 1926; § 50b Abs. 1 Ziff. 2 BadGrGewStG. 1932. Gewerbeertragsteuerpflicht einer KommGes. a. A. hinsichtlich der an die persönlich haftenden Gesellschafter bezahlten Tantiemen und Gewinnanteile.

Mit Neuveranlagungsbescheid (§ 212 RAbgO. alt, § 222 RAbgO. neu) des FinA. v. 14. Okt. 1929 wurde die X.-Bank für das Rechnungsjahr 1927 mit einem steuerpflichtigen Gewerbeertrag in Höhe von ... zur bad. Gewerbesteuer veranlagt. Durch den Einspruchsbescheid des FinA. wurde der steuerpflichtige Gewerbeertrag auf ... *RM* erhöht. Die von der StPfl. eingelegte Ber. wurde durch das FinGer. zurückgewiesen.

Mit der Klage wurde beantragt, die an die persönlich haftenden Gesellschafter der Kl. gewährten Vergütungen bei der Ertragsermittlung außer Ansatz zu lassen.

In der Begr. wurde u. a. auf ein Urteil des Hamburg-OVG. v. 14. Juli 1931 (Aktenz. 36/31) Bezug genommen, in welchem dem § 6 HambGewStG. die Auslegung gegeben wurde, daß die daselbst vorgesehene „sinngemäße" Anwendung der in Bezug genommenen §§ 13—19 KörpStG. zu dem Ergebnis führe, daß — entgegen den positiven entgegengesetzt lautenden Best. des bayr. und württ. Gewerbesteuerrechts von 1926 und 1927 und dem vermittelnden Standpunkt des preuß. Gewerbesteuerrechts — die Tantieme der Gegenleistung für die Dienste des persönlich haftenden Gesellschafters bilde und es daher offenbar sinnvoll sei, sie gewerbesteuerlich ebenso zu behandeln wie die Tantieme der Vorstandsmitglieder einer AktG. oder die Tantieme eines Handlungsgehilfen, die unstreitig vom gewerbesteuerrechtlich maßgebenden Ertrag des Gewerbebetriebs abzuziehen sei, daß dagegen, soweit die Tantieme des persönlich haftenden Gesellschafters für Vorteile anderer Art gewährt würde, man geneigt sein werde, sie nicht für abzugsfähig zu halten. Deshalb enthalte es keine Überschreitung der Grenzen „sinngemäßer Anwendung" des § 15 KörpStG., wenn man die Tantieme des persönlich haftenden Gesellschafters gem. § 15 Nr. 8 KörpStG. jedenfalls insoweit für abzugsfähig halte, als sie die Vergütung für die der Gesellschaft zu leistenden Dienste bilde.

Die Klage wurde abgewiesen.

Streitig ist, ob die Kl. verpflichtet ist, die an die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre) bezahlten Vergütungen (Tantiemen) und den Teil des Gewinns, der auf ihr nicht auf das Grundkapital gemachten Einlagen entfällt, als Gewerbeertrag zu versteuern. Die Kl. vertritt hierzu den Standpunkt, daß die Vorschrift des § 15 Ziff. 8 KörpStG. auch für die Veranlagung des Gewerbeertrags nach § 6 Abs. 2 Satz 4 BadGrGewStG. i. d. Fass. v. 14. Juli 1926 maßgebend sei.

Über das Verhältnis und die Auslegung des § 6 Abs. 2 Satz 4 und 5 GrGewStG. 1926 gegenüber den Best. des EinkStG. und KörpStG. hat der Gerichtshof in verschiedenen veröffentlichten (BadVerwZtschr. 1933, 7 ff.; 1934, 45 und 140) und nicht veröffentlichten Entsch. Stellung genommen. (Wird näher ausgeführt.)

Aus diesen Urteilen ist auch für den vorl. Streitfall der Grundsatz zu entnehmen, daß der bad. Gesetzgeber die Besteuerung des Gewerbeertrags nach eigenen Normen geregelt hat; daß ferner das BadGrGewStG. 1926 in § 6 Abs. 2 Satz 4 auch in der Bezugnahme auf die Vorschr. über die Ermittlung des Gewerbeertrags nach den Vorschr. des EinkStG. und KörpStG. keine feste Bindung an die materiellen Vorschr. dieser Gesetze über die der Gewerbesteuer unterworfenen Personen und Gegenstände gewollt hat, vielmehr die subjektive und objektive Steuerpflicht selbständig geregelt hat. Es kann sich daher nur fragen, inwieweit die Vorschr. des EinkStG. und KörpStG. ergänzend in dem Falle Anwendung finden, in dem eine positive Vorschr. dieser Gesetze nicht ausdrücklich als anwendbar oder als nicht anwendbar erklärt ist. Die Kl. geht hierbei von dem Standpunkt aus, daß die von dem GrGewStG. gewollten Abweichungen von den Vorschr. der genannten Reichssteuergesetze erschöpfend und einzeln aufgezählt seien, daß daher alle nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Vorschr. dieser Reichsgesetze anwendbar seien.

Wie aus den genannten Entsch. hervorgeht, hat der Gerichtshof aus der Tatsache der Nichtanführung von Vorschr. des EinkStG. und KörpStG. weder deren Anwendbarkeit noch deren Nichtanwendbarkeit anerkannt, vielmehr diese Frage lediglich von Fall zu Fall nach den Best. des GrGewStG. unter Berücksichtigung ihrer Beziehung zu den genannten Gesetzen im bejahenden oder verneinenden Sinne beantwortet. Hieran hält der Gerichtshof fest. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß — im Gegensatz zu der Annahme der Kl. — nicht anerkannt werden kann, daß aus dem Nichtausschlusse von Best. der genannten Gesetze sich deren Anwendbarkeit für die bad. Gewerbesteuer ergebe, ebenso aber auch nicht, daß alle Abweichungen von diesen Gesetzen im GrGewStG. erschöpfend aufgezählt seien.

Das FinGer. hat die Nichtanwendbarkeit des § 15 Ziff. 8 KörpStG. u. a. deshalb angenommen, weil die Anwendung dieser Vorschr. mit dem Objektcharakter der Gewerbesteuer im Widerspruch stehe, weil bei ihr eine objektive Befreiungsvorschrift ähnlich der Befreiungsvorschrift des § 11 Ziff. 3 KörpStG. (Schachtelprivileg) vorliege, deren Anwendbarkeit der VGH. in dem Urteil: BadVerwZ. 1934, 45 verneint habe. Die Kl. hat demgegenüber auf den bestrittenen („zwiespältigen") Charakter der KommGes. a. A. und der Bezüge der persönlich haftenden Gesellschafter einer solchen hingewiesen und die Abzugsfähigkeit der von diesen Gesellschaftern bezogenen Tantieme vom Gewerbeertrag der KommGes. a. A. als mit dem Objektcharakter der Gewerbesteuer dann vereinbar bejaht, wenn es sich um eine Gegenleistung für die Dienste der persönlich haftenden Gesellschafter handle, ähnlich der Tantieme der Vorstandsmitglieder einer AktG., dagegen die Abzugsfähigkeit als mit dem Objektcharakter der Gewerbesteuer unvereinbar verneint, wenn es sich um Gesellschafter mit hoher finanzieller Beteiligung bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien handle; das letztere liege jedoch bei Gesellschaften mit hohem Aktienkapital, wie es bei der Klägerin der Fall sei und bei der die Stellung der Komplementäre mit der von geschäftsführenden Vorstandsmitgliedern einer AktG. vergleichbar sei, nicht vor. Diese Auffassung der Kl. geht offenbar von der Best. des § 14 Ziff. 3 KörpStG. aus, worin die Vergütungen von Vorstandsmitgliedern und sonst tätigen Personen als Entgelt für geleistete Arbeit als abzugsfähige Sonderleistungen behandelt sind. Das

Merkmal (Entgelt für Dienste und Arbeit) kehrt auch in § 5 Abs. 2 Buchst. b PrGrStVO. 1927 wieder, und ist in der angeführten Entsch. des HambOVG. als entscheidendes Merkmal für die Bejahung der Abzugsfähigkeit des auf die Dienste entfallenden Anteils der Vergütungen der Komplementäre einer KommGes. a. A. von deren Gewerbeertrag angesehen worden.

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß das BadGrGewStG. 1926 eine dem § 5 Abs. 2 Buchst. b PrGewStVO. entsprechende, auf die Bezüge der Gesellschafter einer KommGes. a. A. für Arbeiten und Dienste abhebende Vorschr. nicht enthält, so daß jedenfalls aus dem positiven Gesetzeswortlaut des GrGewStG. nicht ohne weiteres eine unterschiedliche Behandlung der Tantieme nach den genannten Merkmalen gefolgert werden kann. Es kann sich im vorl. Falle lediglich darum handeln, ob das GrGewStG. 1926 nach seinen eigenen Normen die Abzugsfähigkeit der Tantieme der persönlich haftenden Gesellschafter einer KommGes. a. A. unter dem Gesichtspunkt ihres Charakters als Arbeitsentgelt zugelassen hat oder nicht. Hierzu hat die Kl. selbst eingeräumt, daß sich der Gesetzgeber ebensogut für den Abzug wie für den Nichtabzug entschließen konnte. Da das GrGewStG. 1926 eine diese Frage unmittelbar und ausdrücklich bejahende oder verneinende Best. nicht enthält, ist die Entsch. auch hier nur aus den die Gewerbesteuerpflicht der KommGes. a. A. regelnden Best. des Gesetzes und aus ihrem Zusammenhang mit den reichsgesetzlichen Best. zu gewinnen.

Zunächst ist auf die Vorschr. des § 2 Abs. 1 GrGewStG. 1926 zu verweisen, wonach als steuerbarer Gewerbebetrieb der Betrieb des stehenden Gewerbes gilt, soweit nicht das Gesetz selbst die „Freilassung" ausdrücklich angeordnet hat. Dies bezieht sich sowohl auf subjektive wie objektive Steuerbefreiungen, wobei es für das Gebiet der Körperschaftsteuer zunächst dahingestellt bleiben kann, ob der Vorschr. des § 15 Ziff. 8 KörpStG. die Eigenschaft als einer eigentlichen Befreiungsvorschrift, was die Kl. wegen ihres Zusammenhangs mit § 29 Ziff. 2 EinkStG. bezweifelt, zukommt oder nicht. Daß das GrGewStG. 1926 eine ausdrückliche Befreiungsvorschrift hinsichtlich des Abzugs der Tantieme der persönlich haftenden Gesellschafter von dem Gewerbeertrag einer KommGes. a. A. enthalte, ist zu verneinen. Dagegen erklärt § 3 Satz 1 GrGewStG. u. a. die juristischen Personen sowie die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts als steuerpflichtig, somit auch die KommGes. a. A., die auf jeden Fall unter eine dieser Kategorien fällt, mag man sie als eine juristische Person, oder mit dem RGZ. 129, 267 = JW. 1930, 2938 als eine „Gesellschaft eigener Art" bezeichnen. Es bedarf daher hinsichtlich der Steuerpflicht einer KommGes. a. A. keines Eingehens auf die von der Kl. aufgeworfene Frage der Rechtsnatur der KommGes. a. A. Hinsichtlich der Besteuerung des Gewerbeertrags ist sodann in § 3 Satz 2 GrGewStG. 1926 nur bei den offenen Handels- und KommGes. eine Ausnahme von der grundsätzlichen Steuerpflicht dieser Gesellschaften nach Satz 1 dahin gemacht, daß deren Gesellschafter mit dem Gewerbeertrag selbständig steuerpflichtig sind, womit eine gleichzeitige Besteuerung der Unternehmen dieser Gesellschaftsformen mit Gewerbeertrag vermieden wird. Aus § 3 Satz 2 ergibt sich unzweideutig der Wille des Gesetzgebers, die dort getroffene Ausnahme nur für die Gesellschafter der OHG. und KommGes. und nicht auch der KommGes. a. A. gelten zu lassen. Im übrigen kann auf den in der — von der Kl. angeführten — Entsch. des PrOVG. i. StSt. 16, 35 aufgestellten, auch auf den vorl. Fall anwendbaren Grundsatz verwiesen werden, daß die Landesgesetzgebung auf dem ihr vorbehaltenen, vom HGB. nicht geregelten Gebiete der Landessteuern bestimmen könne, daß hierbei der von ihr für zutreffend erachteten Auslegung einer im übrigen streitigen Frage des HGB. gefolgt werde, daß also bei der Veranlagung zur Landessteuer (dort preuß. Einkommensteuer) die Tantiemen und Gewinnanteile der von ihr als gewerbetreibende Mitinhaber des Gewerbebetriebs der KommGes. a. A. angesehenen persönlich haftenden Gesellschafter von diesen selbst zu versteuern sind. Diesem Grundsatz entspricht es durchaus, daß einerseits in § 3 Satz 1 GrGewStG. die Steuerpflicht hinsichtlich des Gewerbebetriebs gewisser Gesellschaften diesen selbst und in Satz 2 die Gewerbeertragsteuerpflicht den Gesellschaftern der dort besonders aufgeführten Gesellschaftsformen auferlegt ist. Nach der Begr. zu dem Gesetzentwurf 1926 (LTDrucks. Nr. 90, 24) ist ferner die Sondervorschrift des § 3 Satz 2 lediglich im Hinblick auf die Best. des § 29 Ziff. 3 EinkStG. getroffen worden. Daraus, daß man die Angleichung an die Einkommensteuer nur hinsichtlich des § 29 Ziff 3 EinkStG. und nicht auch hinsichtlich der Ziff. 2 vorgenommen hat, läßt sich mit gutem Grund darauf schließen, daß man „trotz des engen Anschlusses der Gewerbesteuer an die Einkommensteuer" (Begr. a. a. O.) eine weitere Angleichung in diesem Punkte nicht gewollt hat. Was aber für die Frage der Anwendbarkeit des § 29 Ziff. 2 EinkStG. gilt, muß bei dem inneren Zusammenhang dieser Best. mit dem § 15 Ziff. 8 KörpStG. auch von dieser nur akzessorischen Charakter tragenden Vorschr. gelten, weil diese Vorschr. lediglich dem praktischen Gesichtspunkt Rechnung trägt, eine Doppelbesteuerung des betr. Einkommenteils aus dem Gewerbebetrieb, der in § 29 Ziff. 2 EinkStG. schon bei den steuerpflichtigen Gesellschaftern selbst erfaßt wird, zu vermeiden.

Die Kl. beruft sich des weiteren für die Abzugsfähigkeit der Bezüge der Komplementäre einer KommGes. a. A. von dem steuerpflichtigen Gewerbeertrag der Gesellschaft auf die Regelung dieser Frage in § 50 b Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1932 (Nichtabzugsfähigkeit) und behauptet, daß sich hieraus der gegenteilige Standpunkt (die Abzugsfähigkeit) für das GrGewStG. 1926 ergebe. Demgegenüber ist festzustellen, daß auch das GrGewStG. 1932 (s. LTDrucks. Nr. 102/1932, 12 linke Sp., 22 linke Sp. zu Ziff. 25: §§ 50 a—50 e) grundsätzlich davon ausgeht, daß bei der Übernahme von gewissen Best. des GewStRahmenG. (RGBl. 1930, 517, 539) an dem bisherigen Begriff des Gewerbeertrags nichts geändert werde, und daß es sich bei den Abänderungen nur um einige Einzeländerungen, Verbesserungen und Klarstellungen gegenüber den bisherigen landesrechtlichen Vorschriften handle. Hieraus entnimmt der Gerichtshof, daß auch mit der Übernahme der Best. der §§ 10 und 11 des GewStRahmenG. in die §§ 50 a und 50 b GrGewStG. 1932, insbes. mit der Übernahme der Vorschr. des § 50 b Abs. 1 Ziff. 2 (= § 11 Abs. 1 Ziff. 2 GewStRahmenG., jetzt § 10 Abs. 1 Ziff. 2 GewStRahmenG. i. d. Fass. der Bek. v. 30. Juni 1935 [RGBl. I, 830]) hinsichtlich der Hinzurechnung der Gehälter und Tantiemen oder der unter sonstiger Bezeichnung gewährten Vergütungen, die von einer KommGes. a. A. an die persönlich haftenden Gesellschafter für die der Gesellschaft geleisteten Arbeiten und Dienste entrichtet worden sind, lediglich der bisherige Rechtszustand übernommen werden sollte. Im übrigen geht auch das GewStRahmenG. davon aus, daß die Berechnung (Feststellung) des Gewerbeertrags von den subjektiven und objektiven Befreiungsgründen des EinkSt. und KörpStG. überhaupt losgelöst sein soll (Begr. z. Entwurf des GewStRahmenG.: RTDrucks. Nr. 568/1928, 129 rechte Sp.). Hiernach kann auch aus der späteren positiven Regelung in § 50 b Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1932 nichts für die Abzugsfähigkeit der Tantiemen usw. im GrGewStG. 1926 als Wille des Gesetzgebers entnommen werden. Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß es sich bei der Regelung im Jahre 1932 um ein erst nachträglich gegenüber der entgegengesetzten Praxis der Steuerbehörden vor 1932 „tiefer erfaßtes Problem" i. S. der Entsch. des RFH.: StW. 1929 Nr. 1035 S. 1790 rechte Sp. handle, das „nicht genüge, um einen klaren Gesetzeswortlaut beiseite zu schieben". Abgesehen davon, daß hinsichtlich der umstrittenen Frage der Abzugsfähigkeit ein „klarer Gesetzeswortlaut" nicht vorliegt, handelte es sich bei der Fassung des GrGewStG. 1932 lediglich um eine aus dem bisherigen Gesetz unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Rspr. hinsichtlich des selbständigen Charakters der Gewerbesteuer als Landessteuer gezogene Folgerung gegenüber einer bisher unrichtigen Auslegung des Gesetzes durch die Steuerbehörden. Es kann daher auch nicht die Rede davon sein, daß durch die Berichtigungsveranlagung dem Gesetz rückwirkende Kraft beigelegt worden sei. Auch der Runderlaß des FinMin. v. 3. Juni 1932 Nr. 7129 bringt in seiner Bemerkung zu § 50 b Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1932, S. 7 zum Ausdruck, daß es sich hier nur um eine Klarstellung handle. Daß im übrigen das GrGewStG. trotz der Anpassung an das GewStRahmenG. nach wie vor eine verschiedene Behandlung der persönlich haftenden Gesellschafter einer KommGes. a. A. einerseits und der Gesellschafter von OHG. und KommGes. andererseits hinsichtlich der Gewerbeertragsteuer gewollt hat, ergibt sich auch daraus, daß der im Entwurf (LTDrucks. Nr. 102/1932) unter Ziff. 2 vorgeschlagene Strich des § 3 Satz 2 GrGewStG. 1926 abgelehnt worden ist (Sitzungsbericht des LT. v. 3. Mai 1932, S. 1417), nachdem der FinMin. erklärt hatte, daß man den bisherigen Zustand bestehen lassen könne bis zur Einführung des Reichsrechts (Sitzungsbericht S. 1362). Daraus ergibt sich als gesetzgeberischer Wille, daß man an der bisherigen Gewerbe(ertrag)steuerpflicht der Gesellschaftsunternehmen nichts ändern wollte, obgleich, wie die Begr. zum Entwurf (LTDrucks. Nr. 102/1932, S. 16 linke Sp. zu Ziff. 2) sagt, die Vorschr. des § 3 Satz 2 Ungleichheiten gegenüber Unternehmungen in anderer Gesellschaftsform als der von OHG. und KommGes. geschaffen habe, und obgleich die Aufhebung des Satzes 2 der Vorschr. des § 4 GewStRahmenG. (= § 46 Ziff. 3 des Entwurfs des GrGewStG. 1932) entspreche. Man hat also hierbei bewußt die in der Regierungsbegründung hervorgehobene Ungleichheit bestehen lassen.

(BadVGH., Entsch. v. 9. April 1935, 190/34.)

*

86. § 4 Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1926 u. 1932; § 74 VollzVO. hierzu. Begriff des Unternehmers. Für die Zugehörigkeit von Betriebsanlagen zum steuerpflichtigen Betriebsvermögen ist das Eigentum nicht entscheidend. Betriebsrisiko und geschäftliche Selbständigkeit. Absicht auf Gewinnerzielung bei einem den öffentlichen Interessen dienenden Verband (Körperschaft des öffentlichen Rechts).

Durch den Bescheid des FinA. wurde das Betriebsvermögen der A.-AktG. in L. (= „Gaselektro") für das Rechnungsjahr 1931 von ...*RM* auf ...*RM* heraufgesetzt, ferner durch einen weiteren Bescheid das Betriebsvermögen für das Rechnungsjahr 1932 dementsprechend festgesetzt.

Die Berufung der StPfl. wurde durch das FinGer. zurückgewiesen.

Dem Urteil des FinGer. liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Die im Jahre 1923 unter Übernahme des städt. Gaswerks in L. gegründete „Gaselektro", deren Geschäftszweig u. a. auch die Ausführung von Gasfernleitungen bildet, hatte mit dem „Verband" einen Baubertrag über die Weiterführung der Fernleitung in das Gebiet dieses Verbands und einen langfristigen Betriebsführungs- und Gaslieferungsvertrag abgeschlossen. Der Anschluß der betr. Gemeinden des „Verbands" wurde im Geschäftsjahr 1927/28 durchgeführt. Dabei wurden, soweit das Verbandsgebiet in Betracht kommt, in der Gemeinde W. ein Gasbehälter und in acht Gemeinden je eine Reglerstation und in sieben Gemeinden Hausdruckregler erstellt. Die „Gaselektro" räumte dem „Verband" das alleinige Recht der Gasversorgung in seinem Gebiet ein und verpflichtete sich, in diesem an Dritte kein Gas zu liefern, während der „Verband" sich verpflichtete, das Gas ausschließlich von der „Gaselektro" zu beziehen. Der „Verband" bezahlt das bezogene Gas zu einem vereinbarten Großabnehmerpreis, gemessen in den Gasmessern der sog. Reglerstationen, bzw. bei unmittelbarem Anschluß von Abnehmern an die Fernleitung in den Gasmessern der Hausdruckregler. Der „Verband" stellt das bezogene Gas den Verbrauchern in Rechnung zu einem von ihm selbst aufgestellten Tarif nach Maßgabe der Messungen in den Gasmessern der einzelnen Abnehmer. Der Geldeinzug geschieht durch Angestellte des „Verbands". Die gesamten Rohrnetzanlagen einschließlich der gesamten bei dem erstmaligen Ausbau erstellten Ortsnetzanlagen stehen im Eigentum der „Gaselektro", welcher auch die Instandhaltung der Rohrnetzanlagen vertraglich obliegt. Etwaige Erweiterungen des Rohrnetzes sind von dem „Verband" zu errichten und bleiben dessen Eigentum.

Nach dem Vertrag gehen ferner die Anlagen des ersten Ausbaues (Fernleitung, Ortsnetze, Reglerstationen und Anschlußleitungen) nach Vertragsablauf kostenlos in das Eigentum des „Verbands" über; im übrigen läuft der Vertrag 45 Jahre mit Verlängerung von 5 zu 5 Jahren, wenn er nicht ein Jahr vor seinem Ablauf gekündigt wird. Dem „Verband" steht ferner das Recht zu, das Vertragsverhältnis nach einer gewissen Zeit mit einjähriger Frist zu kündigen; bei vorzeitiger Auflösung des Vertrags hat der „Verband" die von der „Gaselektro" für den ersten Ausbau erstellten Anlagen an diese nach dem Buchwert (Anlagekosten abzüglich Abschreibung von jährlich 2% vom Ablauf des zweiten vollen Betriebsjahres ab) zu bezahlen, worauf die genannten Anlagen in das Eigentum des „Verbands" übergehen.

Mit der Klage hat die „Gaselektro" eine nochmalige Prüfung und Entsch. dahin beantragt, ob sie für die Rechnungsjahre 1931 und 1932 für die gesamten Anlagen gewerbesteuerpflichtig, oder ob nicht ein Teil dieser Anlagen vom „Verband" zu versteuern sei.

Das Urteil des VGH. lautete dahin, daß zum stehenden Betriebsvermögen der Kl. die Gasfernleitungen jeweils nur bis zu den Reglerstationen und Hausdruckreglern gehörten. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Bestritten ist, ob die „Gaselektro" oder der „Verband" hinsichtlich der zur Belieferung des Gasversorgungsgebiets des „Verbands" ab W. benützten Fernleitungs- und Ortsnetzanlagen, soweit es sich um die im Eigentum der „Gaselektro" stehenden Fernleitungs- und Verteilungsanlagen handelt, als Unternehmer i. S. des § 4 Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1926 (Veranlagung für das Rechnungsjahr 1931) und des gleichlautenden § 4 Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1932 (Veranlagung für das Rechnungsjahr 1932) anzusehen ist und wessen Betriebsvermögen (Gewerbebetrieb) diese Anlagen steuerrechtlich zuzuteilen sind. Das Gesetz stellt in § 4 für den Begriff des „Unternehmers" das Erfordernis auf, daß der Betrieb auf seine Rechnung erfolgt, und in § 74 VollzVO. z. GrGewStG. v. 11. Febr. 1922 (Fassg. v. 2. Juni 1932) wird als Gewerbebetrieb i. S. des Gesetzes „jede in der Absicht auf Wiederholung und der Gewinnerzielung vorgenommene, selbständige — das ist auf eigene Rechnung unternommene — Arbeitstätigkeit" bezeichnet, „die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt". Diese Begriffsbestimmung steht im Einklang mit den auf den Gebieten des Umsatzsteuerrechts (vgl. Popitz, UmsStG., 3. Aufl., S. 293 ff.), des Einkommensteuerrechts (vgl. Strutz, EinkStG., Bd. I, S. 505 ff.; Bd. II, S. 319 ff.) und des Gewerbesteuerrechts (vgl. PrOVG. 59, 143; EStS. 6, 384; 7, 421; BadVGH.: BadVerwZ. 1932, 92, 137 [138]) entwickelten Begriffen des „Unternehmers" und des „Gewerbebetriebs".

Daß es sich bei dem Betrieb der Gasversorgung innerhalb des Versorgungsgebiets des „Verbands" an sich um einen „Gewerbebetrieb" i. S. obiger Vorschr. handelt, wird von den Beteiligten nicht bestritten, jedoch besteht Streit darüber, ob hinsichtlich des Betriebs der dieser Gasversorgung dienenden Anlagen der Kl. oder dem „Verband" die Eigenschaft als Unternehmer zukommt und demgemäß, ob diese Anlagen zum Betriebsvermögen der Kl. oder des „Verbands" zu rechnen sind.

Was die zunächst streitige Unternehmereigenschaft betrifft, so ist im Schrifttum und in der Rspr. anerkannt, daß es keinen Unterschied macht, ob der Unternehmer Eigentümer, Nießbraucher, Pächter oder ein sonstiger Nutzungsberechtigter des Unternehmens ist, daß jedoch auch der Nießbraucher usw. (Nichteigentümer) das Unternehmen auf eigene Rechnung und Gefahr betreiben muß, um als Unternehmer zu gelten (vgl. Strutz, EinkStG., Bd. II, S. 319). Das Eigentum ist daher weder für die Unternehmereigenschaft noch für die Zugehörigkeit von Betriebsanlagen zum Betriebsvermögen steuerrechtlich von entscheidender Bedeutung, es ist vielmehr auf dem Gebiet des Steuerrechts durch die tatsächliche Verfügungsmacht über die Betriebsmittel (RFH. 23, 109, 111) ersetzt. Damit erledigen sich alle Einwendungen des „Verbands", soweit auf die Zugehörigkeit der Anlagen zum Eigentum der Kl. als entscheidendes Moment abgehoben wird, daher auch seine Behauptung, daß er erst nach der künftigen Übernahme der Fernleitungs- und Ortsrohrnetzanlagen zu Eigentum nach dem Vertrag als Unternehmer angesehen werden könne. Es frägt sich infolgedessen nur, wer die Fernversorgung im Verbandsgebiet auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt. Prüft man die rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen des „Verbands" zu den Verbrauchern einerseits und zu der Kl. andererseits, so stellen sie sich nach der letzten Endes maßgebenden allgemeinen Verkehrsauffassung (RFH. 16, 148, 150) folgendermaßen dar: Erzeugerin und Lieferantin des Gases als Ware (vgl. RFH. 27, 43) ist zunächst die Kl., welche das Gas nach Maßgabe der Messungen in den Reglerstationen und Hausdruckreglern dem „Verband" in Rechnung stellt; der „Verband" ist daher gegenüber der Kl. Großabnehmer des Gases. Die weitere Bewirtschaftung des Gases durch Abgabe an die Verbraucher erfolgt durch den „Verband", der diesen gegenüber als Lieferer dadurch auftritt, daß er ihnen das verbrauchte Gas von sich aus in Rechnung stellt. Damit tritt er gegenüber den Verbrauchern in eigenem Namen auf. Sein Geschäftsbetrieb ist hiernach ein gewerblicher Handelsbetrieb ohne eigene technische Anlagen. Hiermit steht in Übereinstimmung, daß in der Satzung des „Verbands" ausdrücklich nur der „technische" Teil des Betriebs der Kl. übertragen worden ist. Aber auch im Verhältnis zu der Kl. als Erzeugerin und Lieferantin des Gases tritt er im eigenen Namen als vertraglicher Abnehmer des Gases auf, ohne daß der Kl. eine organisatorische oder wirtschaftliche Einwirkung auf die weiteren geschäftlichen Dispositionen des „Verbands" zusteht. Schon hiernach ist die rechtliche und wirtschaftliche Unterstellung des „Verbands" unter den geschäftlichen Willen der Kl. zu verneinen. Seine geschäftliche Selbständigkeit ist aber auch grundsätzlich aus seiner in der Satzung festgelegten selbständigen Organisation zu entnehmen, an der durch die vertraglichen Abmachungen mit der Kl. weder etwas geändert wurde noch bei der öffentlich-rechtlichen Gestaltung des „Verbands" mit ministeriell genehmigter Satzung etwas geändert werden konnte. Der eigene geschäftliche Wille des „Verbands" kommt insbes. auch dadurch zum Ausdruck, daß er für das von den Verbrauchern des Gases zu entrichtende Entgelt einen der Einwirkung der Kl. gänzlich entzogenen eigenen Tarif aufstellt, daß er ferner die Messungen des verbrauchten Gases durch eigene Angestellte vornehmen läßt, daß er die Gasgelder für sich vereinnahmt, daß diese Einnahmen seine wesentliche wirtschaftliche Grundlage bilden, und daß er auch von den Verbrauchern als alleiniger Geschäftsherr angesehen wird. Der „Verband" beruft sich jedoch darauf, daß nicht er sondern die Kl. das Risiko für Gasverluste nicht nur in der Hauptzuleitung sondern auch über die Registerstationen und Hausdruckregler hinaus bis zu den Hausgasmessern zu tragen habe, das letztere in erweiterter Auslegung des Vertrags. Der Gerichtshof vermag diesen von dem „Verband" gezogenen weitgehenden

Folgerungen aus den Vertragsbestimmungen nicht beizutreten. Der „Verband" hat vielmehr die nach der Abnahme des Gases an den Reglerstationen in den Ortsnetzen eintretenden Gasverluste zu tragen, wie er auch selbst zugibt, daß er diese Verluste nach festliegenden Erfahrungssätzen in den Verbrauchertarif einkalkuliert habe. Abgesehen hiervon trägt aber der „Verband" auch das Risiko für geschäftliche Verluste im Falle von Zahlungsunfähigkeit seiner Verbraucher. Diesen Risiken steht keine Ersatzleistung durch die Kl. gegenüber. Im übrigen ist es für den Begriff des selbständigen Gewerbetreibenden unerheblich, ob hinter seinem Tätigwerden ein anderer steht, der ihm die Haftung für wirtschaftliche Verluste abnimmt, d. h. ob er nach der anderen Seite wirtschaftlich gedeckt ist (vgl. Popitz a. a. O. S. 299 unter Bezug auf die Rspr. des PrOVG. zu dem Begriff „auf eigene Rechnung"). Daraus folgt aber weiter, daß an der Unternehmereigenschaft des „Verbands" auch durch die vertragliche Verpflichtung der Kl., auf eigene Kosten die vorläufig in ihrem Eigentum verbliebenen Anlagen der Ortsnetze instandzuhalten, nichts geändert wird, weil der Vorbehalt des Eigentums auch mit der Nebenabrede der Verpflichtung zur Instandhaltung noch keinen Schluß auf einen eigenen Geschäftsbetrieb des Eigentümers zuläßt (vgl. RFH. 28, 155, 157). Des weiteren ist es für die wirtschaftliche Betrachtung der Tätigkeit des „Verbands" unerheblich, daß zwischen ihm und der Kl. ein sog. Exklusivvertrag besteht, wonach der „Verband" sich verpflichtet hat, Gas nur von der Kl. zu beziehen, und die Kl., solches im Versorgungsgebiet des „Verbands" nur an diesen abzugeben, da auch hierdurch an der grundsätzlichen rechtlichen und geschäftlichen Selbständigkeit der Vertragskontrahenten nichts geändert wird (vgl. PrOVG.: RVBl. 1935, 197/199).

Der „Verband" macht aber weiter geltend, daß er überhaupt nicht die Ziele eines Gewerbebetriebs mit Gewinnabsicht verfolge, weil die erzielten Einnahmen aus Gasgeldern lediglich die Ausgaben für das Ablesen der Uhren, für den Einzug der Gasgelder und für die Verwaltung decken. Demgegenüber ist auf § 8 der Satzung des „Verbands" zu verweisen, worin ausdrücklich von der Beteiligung der Mitglieder am „Reingewinn" und von der Verwendung des Reingewinns für eine Rücklage und von einem Höchstbetrag von 6 % der Dividende die Rede ist. Hiernach liegt zweifellos eine in den Verbandszweck eingeschlossene Absicht auf Gewinnerzielung vor, wobei es für die steuerrechtliche Beurteilung darauf, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt und ausgeschüttet wird, nicht ankommt (vgl. PrOVG. 83, 66, 70; StS. 15, 420). Das Vorliegen des Merkmals der Gewinnabsicht wird auch nicht etwa schon durch den Charakter des Verbands als eines auf möglichst billige Versorgung der Verbandsinsassen mit Gas gerichteten Unternehmens ausgeschlossen, da auch bei einem in der Hauptsache dem öffentlichen Interesse dienenden Unternehmen, für das die sachlichen Merkmale des Gewerbebetriebs zutreffen, ein steuerpflichtiger Gewerbebetrieb selbst dann vorliegen kann, wenn der Gewinn zu gemeinnützigen Zwecken verwendet wird oder wenn die Absicht der Gewinnerzielung hinter seinem Hauptzweck zurücktritt und ihm untergeordnet wird (vgl. PrOVG. 86, 66 und 69/70). Im übrigen wird in der Rspr. (vgl. PrOVG. StS. 11, 394 und 15, 419) die Absicht, neben der Abschreibung und der Erneuerungsquote eine Rücklage zur Tilgung des Auslage- und Betriebskapitals zu bilden oder weitere Überschüsse auch zu allgemeinen Zwecken zu verwenden, als ausreichend für die Absicht auf Gewinnerzielung angesehen. Ist somit der „Verband" grundsätzlich als selbständiger Betriebsunternehmer anzusehen, so frägt es sich nur noch, inwieweit die einzelnen der Gasfern- und Einzelversorgung dienenden Anlagen dem Betriebsvermögen dieses Unternehmens zuzurechnen sind. Das Betriebsvermögen (stehendes und umlaufendes) umfaßt nach § 48 Abs. 1 Satz 1 GrGewStG. 1926, § 48 Abs. 1 GrGewStG. 1932 alles Vermögen, das dem Gewerbebetrieb dient. Technisch betrachtet sind die Zuleitungs- und Verteilungsanlagen für die Erfüllung der Zwecke sowohl der Kl. wie des „Verbands" unentbehrliche Betriebseinrichtungen. Die steuerrechtliche Zuteilung hängt aber nicht hiervon, sondern von der wirtschaftlichen Beziehung der einzelnen Anlagen zu einem Unternehmer ab. Die Anlagen dienen der Zuleitung des Gases über die Stationsregler und Hausdruckregler bis zu den Gasmessern der Einzelabnehmer. Diese Zuleitung ist wirtschaftlich und rechtlich in zwei Teile zerlegt in der Weise, daß der erste Abschnitt bis zur Messung des Gases in den Reglerstationen und in den Hausdruckreglern reicht und der zweite Abschnitt die Weiterleitung und Verteilung des Gases in den Ortsnetzen an die Verbraucher umfaßt. Die Bewirtschaftung des ersten Abschnitts erfolgt auf eigene Rechnung und Gefahr der Kl., die des zweiten Abschnitts auf Rechnung und Gefahr des „Verbands".

Da hiernach wirtschaftlich betrachtet die Fernleitungs- und Verteilungsanlagen nur bis zur Abnahme des Gases durch den „Verband" in den Reglerstationen und Hausdruckreglern — als den Orten der wirtschaftlichen Übereignung des Gases an den „Verband" — dem Gewerbebetriebe der Kl. dienen, war die Zugehörigkeit der Anlagen zu dem Betriebsvermögen der Kl. in Abweichung von den Feststellungen des FinGer. nur hinsichtlich der Anlagen bis zu den Reglerstationen und Hausdruckreglern zu bejahen.

(BadVGH., Entsch. v. 10. April 1935, 249/33.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

87. § 43 Abs. 2 BGB. Um als Idealverein zu gelten, muß ein Verein seinem Hauptzweck nach sittlich wertvollen Zielen dienen. Diese Voraussetzung trifft bei einem Unfallschutzverband e. V. nicht zu.

Der Senat hat schon in seinem Urt. v. 1. Dez. 1933 — 136 I 1933 — unter Zugrundelegung der Rspr. des RG. (RGRKomm. § 21 Anm. 2 S. 40/41; RGZ. 83, 231 = JW. 1914, 70 und 133, 177 = JW. 1931, 3109; 1916, 1432[9]) den Standpunkt vertreten, daß ein Verein, um als Idealverein zu gelten, seinem Hauptzwecke nach sittlich wertvollen Zielen dienen müsse, wobei es nicht entgegenstehe, wenn er zur Erreichung dieses Hauptzweckes und ihm untergeordnet zugleich einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unternehme, bei dem die idealen Zwecke auch mit wirtschaftlichen Vorteilen der Mitglieder verbunden, ja sogar unmittelbar beabsichtigt sein könnten (Kassenärztevereine, Haus- und Grundbesitzervereine); es sei dann ausschlaggebend, welchen Umfang diese Seite der Vereinstätigkeit im Verhältnis zu seiner sonstigen, idealen Zwecken gewidmeten Betätigung habe und ob sie auch sonst ihrer ganzen Ausgestaltung nach als ein untergeordneter Nebenzweck des Vereins oder aber als sein Hauptzweck zu betrachten sei.

Von diesen Gesichtspunkten ausgehend war im vorl. Falle festzustellen:

Der Verband unterhält im Reiche eine größere Anzahl sog. Verwaltungsstellen, die nur von Mitgliedern geleitet werden dürfen (§ 15 Abs. 2 der Satzung). Die Leiter dieser Zweigstellen werden regelmäßig, und zwar durch besonderen Vertrag von der Verbandsleitung als Sachbearbeiter (Syndici) der für die Mitglieder zu regelnden Schadensfälle bestellt und sind als solche selbständige Gewerbetreibende und nach § 35 der GewO. — Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten — gewerbepolizeilich angemeldet (vgl. §§ 16 und 29 der Geschäftsordnung des Vereins).

Die Tätigkeit der Verwaltungsstellen vollzieht sich in der Weise, daß ihr Leiter (in München auch besonders dafür angestellte Werber) an Personen, die einen Unfall erlitten haben, herantreten, sie zum Eintritt in den Verband auffordern und ihnen ein Vollmachtsformular zur Unterschrift vorlegen, in dem dem Syndikus des Verbandes (d. i. in der Regel, insbes. in sämtlichen erörterten Fällen der Verwaltungsstellenleiter) die Vertretung des Unfallverletzten in allen mit dem Unfall zusammenhängenden Angelegenheiten, Ansprüchen und Schadensersatzforderungen gem. § 81 ZPO. übertragen wird. Als Vergütung werden 2½ % der Gebühren der Gebührenordnung des Verbandes deutscher Diplomvolkswirte, höchstens 15 % „des Erlöses", vereinbart, die „jedoch nur im Bedarfsfalle" zu zahlen sind. Außerdem sind dann auch Auslagen, wie Porto, Telephon, steuerliche Abgaben und Spesen zu erstatten. Im Falle des Widerrufs der Vollmacht sind eine einfache Gebühr sowie Auslagen und Spesen zu zahlen.

Die Mitgliedsbeiträge betragen 1 *RM* monatlich, daß Eintrittsgeld 5 *RM*. Dieses behält der Verwaltungsstellenleiter und hat davon seine Bürokosten zu bezahlen (in München erhält der Werber davon 3 *RM*; vgl. § 17 der Geschäftsordnung). Die Monatsbeiträge werden zur Hälfte an den Verband abgeführt (§ 15 Abs. 4 und § 26 der Geschäftsordnung).

Nach erfolgreicher Abwicklung behalten die Syndici von der Unfallentschädigung bis zu 15 % für sich. Von diesem sog. Erfolgshonorar haben sie in Halle und Zwickau 10 %, in München nichts an den Verband abzuführen. Sie haben lediglich außergerichtliche Verhandlungen zu führen. Kommt eine Sache zum Prozeß, so wird sie einem RA. übergeben. Die Kosten erfolgloser Prozesse trägt in München der Verband.

Der klagende Verband stützt sich demgegenüber in der Hauptsache darauf, daß nicht er, sondern seine Syndici die Bearbeitung

der Schadensfälle durchführten, nur diese also könnten als Gewerbetreibende in Frage kommen.

Nach der Rspr. des RG., von der abzuweichen auch im vorl. Falle für das OVG. keine Veranlassung besteht, kommt es nicht darauf an, ob der Vorsitzende des Verbandes aus seiner Tätigkeit für diesen Einnahmen bezieht; denn wie der Verband, ohne damit gegen seine idealen Zwecke zu verstoßen, einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb zur Erledigung seiner laufenden Verwaltung unterhalten kann, stände es auch nicht entgegen, wenn der die Geschäfte führende Vorsitzende für seine Tätigkeit in angemessenen Grenzen entschädigt würde, wenn nur die Zwecke des Vereins selbst in der Hauptsache ideelle sind und bleiben. Maßgebend können auch nicht lediglich die Einnahmen des Verbandes sein, zumal wenn sie ihrer Höhe nach über die Deckung der Unkosten, wie es im vor. Falle zuzutreffen scheint, nicht hinausreichen. Entscheidend kann nur die Frage sein, ob der Verein nach seinem Hauptzwecke ideellen Bestrebungen dient. Nach der Satzung und den Schilderungen des klagenden Verbandes kann nicht bezweifelt werden, daß er selbst keine fremden Rechtsangelegenheiten besorgt, dies vielmehr nur seine an die Mitgliedschaft bei ihm gebundenen Syndici tun. Ebenso trifft es zu, daß der Verband auch ideale Zwecke zum Ziele hat, indem er insbes. durch Vorschußgewährung, unentgeltliche Beratungen und Aufklärungen usw. die Lage der Unfallgeschädigten allgemein zu bessern trachtet.

Die Tätigkeit der Syndici, wie sie durch die Erörterungen festgestellt worden ist und sich auch aus der Geschäftsordnung des Vereins sowie der Dienstanweisung ergibt, ist aber weder rechtlich noch wirtschaftlich völlig selbständig und kann nicht für sich allein betrachtet werden. Sie ist vom Verbande organisiert und vom Bestehen des Verbandes geradezu bedingt; sie kommt auch dem Verbande wirtschaftlich unmittelbar und mittelbar zugute. Die Verbandsmitglieder sind gezwungen (§ 7 Abs. 5 der Satzung), sich der Sachbearbeiter zu bedienen. Die Sachbearbeiter dürfen nach § 2 Abs. 2 ihrer Dienstanweisung Unfallangelegenheiten nur für Mitglieder des Verbandes durchführen; Zuwiderhandlungen sind, wenn nicht der Vorstand schriftliche Genehmigung erteilt, mit 1000 RM Vertragsstrafe bedroht. Sie haben sich auf ihren Briefbogen und Drucksachen als Mitglied des Verbandes zu bezeichnen (§ 5 der Dienstanweisung); gewisse Unfälle sind der Zentrale des Verbandes zu übergeben (§ 6 Abs. 1). Die Sachbearbeitungsstellen können vom Verbande einer Art Zwangsvollstreckung unterworfen werden (§ 9), wie sie überhaupt zu dem Verbande in einem festen Vertragsverhältnis stehen, das auf gewisse Zeit festabgeschlossen und außer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nur mit einvierteljähriger Kündigungsfrist gelöst werden kann (§ 10). Der Verband kann auch Revisionen der gesamten Geschäftsführung und der Bücher vornehmen, deren Kosten zu Lasten der Verwaltungsstelle gehen (§ 12).

Die Tätigkeit des Verbandes steht nach alledem mit der gewerblichen Tätigkeit der Mitglieder (Syndici) in engem Zusammenwirken und fügt sich in sie als besonderer wesentlicher und wirksamer Bestandteil unmittelbar ein. Die Mitglieder des Vereins, soweit sie als dessen Syndici tätig werden, würden ohne dessen geschilderte Mitwirkung nicht in der Lage sein, ihre Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten mit annähernd gleichem Erfolg auszuführen. Danach unterliegt es keinem Zweifel, daß die fraglos als wirtschoftlicher Gewerbebetrieb anzusehende Tätigkeit der Syndici einen wesentlichen, und zwar den hauptsächlichsten Zweck des Verbandes selbst bildet. Dabei kann nichts darauf ankommen, in welcher Form der Verband die Syndici beschäftigt, ob sie nach außen als selbständige Gewerbetreibende auftreten und ob sie den Betrieb formell auf eigene Rechnung führen. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Geschäftseinrichtung, auf deren Ausbau und Betrieb die Absicht der Verbandsleitung dauernd gerichtet und die auf Gewinnerzielung abgestellt ist. Damit sind aber die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 BGB. erfüllt. Demgegenüber müssen die übrigen vom klagenden Verband in seiner Satzung angegebenen idealen Zwecke in den Hintergrund treten. Der unmittelbare Anteil, den der Kl. an der gewerblichen Tätigkeit der von ihm bestellten Syndici nimmt und womit er ihnen unmittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil zuwendet, ist vielmehr so groß, daß er als der überwiegende Zweck des Vereins angesehen werden muß. Hieran kann alles übrige Vorbringen des Kl., insbes. auch der Inhalt seiner Denkschriften, nichts ändern.

Der klagende Verband fällt sonach nicht unter die Vorschr. des § 21 BGB., sondern es sind auf ihn die für wirtschaftlich gleichgeartete Handelsgesellschaften geltenden Best. des HGB. anzuwenden, deren Umgehung die Vorschr. des § 21 BGB. vermeiden will (vgl. Urt. v. 1. Dez. 1933 — 136 I 1933 — S. 13).

(SächsOVG., 1. Sen., Urt. v. 9. März 1934, 166 I/33.)

*

88. Wenn ein sächsisches Unternehmen außerhalb Sachsens eine Betriebsstätte unterhält, so ist bei Berechnung des Zuschlags zur Ertragsabgabe nach § 11 Abs. 3 SächsGewStG. nur der Ertrag der sächsischen Betriebsstätte dem sächsischen Anlage- und Betriebskapital gegenüberzustellen. Dasselbe gilt, wenn ein außersächsisches Unternehmen innerhalb Sachsens eine Betriebsstätte unterhält.

(SächsOVG., Entsch. v. 24. Juni 1935, 42 II/35.)

*

** **89.** Arbeiten, die im Zusammenhange mit dem Erwerb eines verwahrlosten Grundstücks dazu dienen, es in einen gebrauchsfähigen Zustand zu versetzen, sind dauernde besondere Verbesserungen i. S. von Art. I § 14 Nr. 3 LandesVZumStVO. Die Kosten dafür sind also bei der Berechnung dieser Steuer dem Erwerbspreise hinzuzurechnen.

(SächsOVG., Entsch. v. 25. Juli 1935, 47 II/35.)

*

** **90.** Durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erlischt unter den Voraussetzungen des § 52 ZwVerstG. die dingliche Haftung des Grundstücks für die aus einer öffentlichen Grundstückslast entspringende Verpflichtung zur Entrichtung bestimmter Geldleistungen, die zur Zeit des Zuschlags fällig waren (vgl. schon Jahrb. 38, 352). Dagegen bleibt die davon zu unterscheidende öffentliche Last als solche vom Zwangsversteigerungsverfahren unberührt. Deshalb kann zwar der Ersteher (oder sein Rechtsnachfolger) nicht mehr zur Zahlung von Anliegerbeiträgen herangezogen werden, die der frühere Eigentümer vor dem Zuschlage zu erfüllen gehabt hätte; jedoch wird durch einen neuen Baufall auch der neue Eigentümer zur Zahlung derselben Anliegerbeiträge verpflichtet, wenn und soweit der Anspruch des Gläubigers auf Erstattung von Straßenbaukosten nicht inzwischen getilgt ist.

(SächsOVG., Entsch. v. 24. Mai 1935, 179 I/34.)

Denkt an die Winterhilfe!

Spenden sind auf das Postscheckkonto „Winterhilfswerk des Deutschen Volkes, Reichsführung", Berlin Nr. 77100, einzuzahlen.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. 3. Vj. 35: 21016.

Biblioteka Główna Szkoła Ekonomiczna

Die wissensch. Hilfsstelle Deutscher Rechtsanwälte steht nur Rechtsanwälten zur Verfügung, und zwar in schwierigen oder Spezialmaterien, für die dem Rechtsanwalt das Schrifttum und die Zeit fehlt, oder wenn eine Nachprüfung der eigenen Ansicht wünschenswert erscheint oder die Tragweite der Entscheidung besonders groß ist, z. B. ausländisches Recht, Nachlaßverwaltersachen, Konkursverwaltersachen, Genossenschaftssachen. In allen Fällen sorgfältige Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Schrifttums. Die wissensch. Hilfsstelle geht stets gerne auf etwaige Einwendungen gegen ihre Gutachten ein. Die notwendig zu fordernden Vergütungen sind niedrig und können vor Erstattung erfragt werden. Aufträge und Anfragen an: **Wissensch. Hilfsstelle Deutscher Rechtsanwälte, Leipzig C 1, Bismarckstraße 10.**

Bekanntmachungen verschiedener Art

Ungar. Rechtsanwalt, Christ (arisch), übernimmt **ungarländische juristische oder Handelsangelegenheiten,** Deutsche Korrespondenz.
Scholz, Berlin-Halensee, Kurfürstendamm 137.

DETEKTIV
des ehem. russ. Kaiserhauses, sowie am engl. und dän. Hof.
U. a. auch bei Reisen d. ehem. deutsch. Kaisers. / Seit 1899 prakt. tätig / Hochwert. Refer. u. ehrenvolle Auszeichn. f. große Erfolge, selbst in schwierigsten Fällen / Große Sprachkenntnis / Garantie für zuverlässigstes u. gewissenhaftestes Arbeiten / Keine Vorschußverpflichtung / Zeitgemäßes Honorar
WOLTZ,
Kriminalbeamter a. D. (pens.)
BERLIN W 9
Columbushaus, Potsdamer Platz
Telefon: B 2, Lützow 3130
Nachtruf: D 8, Pankow 4468.
C 0, Tegel 7080.

Briefmarken

Sammler erhalten Zeitschrift 185 gratis.
C. F. LÜCKE / LEIPZIG

Aus Nachlaß wird
große juristische Bibliothek,
auch einzeln, **preiswert abgegeben.** Ausführliches Verzeichnis steht Interessenten zur Verfügung. Angebote unter **U. 927** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Zu verkaufen:
Entsch. d. RG. in Zivilsachen Bd. 1—145 mit Register.
Preuß. Archiv von 1894—1935.
Angebote unter **V. 931** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Für Referendare z. Assessorexamen
Pension Stengert
Berlin W 30, Viktoria-Luise-Platz 4
Telefon: Barbarossa 3865
U.-Bhf. Viktoria-Luise-Platz v. d. Hause. Zimmer mit Frühstück u. Mittag 3.— RM. bis 3.50 RM. täglich. Zimmer mit voller Verpflegung von 85.— RM. monatlich an. Schöne, sonnige Lage. Teilw. fließ. Wasser. **Auch ältere Juristen mit ihren Familien finden gute und preiswerte Unterkunft.**

Amtstrachten
für **Rechtsanwälte,** Patentanwälte, Richter, Staatsanwälte, Amtsanwälte, Handelsrichter und Protokollführer empfiehlt zu billigen Preisen. **Muster u. Preise kostenlos. Teilzahlung gestattet.**
H. BECK
BERLIN SO 36,
Dresdener Str. 127
(U-Bahn Kottbusser Tor; im Wollhaus Glaubitz). Fernruf: Moritzplatz 3391

Zu jedem annehmbaren Preis
zu verkaufen:
Wegen Platzmangels die Jahrgänge 1916–30 **Jur. Wochenschrift** (31 sehr gut erhaltene, wenig gebrauchte Bände), evtl. auch gegen angemessene Teilzahlung. Angebote unter **E. 896** an d. Verlag d. Bl., Leipzig, erb.

BERLIN
HOTEL ALHAMBRA
Berlin W 15, Kurfürstendamm 68
(zwischen Bahnhöfen Charlottenburg und Zoologischer Garten)
Telefon: J 1 Bismarck 9700—9704
Letzter Hotel-Neubau im Westen
Jedes Zimmer, am Tage in Wohnzimmer umwandelbar, ist ausgestattet mit Bad, Reichstelefon, Radio usw.
Neue Deutsche Leitung:
Hub. Hassert.

Gratis
Preisliste „P 9" über hygien. Artikel sendet **Medicus, Berlin SW 68,** Alte Jakobstr. 8

PENSION SPLENDID
a. d. Gedächtniskirche, 2 Min. v. Bhf. Zoo, Berlin
Budapester Str. 49 / B 4 1750 / Fließ. W. Zentralheiz. / Ab RM 3.— inkl. Frühst.

Am Kammergericht
ruhige **Familien-Pension,** billige Preise. **Bruno Budemann,** Pallasstraße 1 • Telefon: B 7 2598.

Pension Naumann
Inh. Frau verw. Rechtsanwalt Käte Burlin
BERLIN-WILMERSDORF,
Nikolsburger Platz 6/7, U.-Bhf. Hohenzollernplatz, Tel.: H 7 4704 u. 4705.
Fließ. Wasser u. Tel. in jedem Zimmer. Vorzügl. Verpflegung. Zeitgem. Preise.

Bayerische Roben und Barette

liefert in bester Ausführung u. sehr preiswert auf Grund 35jährig. Praxis die
Maßschneiderei KLAUS KORN
Nürnberg
Tucherstraße 38.
Maßanleitung u. Stoffproben zu Diensten.

Zurückgekauft
wird von der
Juristischen Wochenschrift:
Jahrg. 1934: Heft 19, 24, 27, 35
„ 1918: „ 1
zum Preise von je 50 Pfg.
W. Moeser Buchhandlung, Leipzig

HOTEL-HOSPIZE IN BERLIN
Hospiz am Bahnhof Friedrichstr., Albrechtstr. 8, 3 Min. v. Bhf. Friedrichstr. Tel.-Adr.: Friebahnhospiz Berlin. Fernspr.: D 2 Weidendamm 5741. 150 Betten.
Hospiz am Gendarmenmarkt, Mohrenstr. 27-28, U-Bahnstat. Friedrichstadt. Tel.-Adr.: Mohrenhospiz Berlin. Fernsprecher: A 6 Merkur 6012. 140 Betten.
Hospiz am Askanischen Platz, Saarlandstr. 74, gegenüber dem Anh. Bahnhof. Tel.-Adr.: Askahospiz Berlin. Fernspr.: F 5 Bergm. 2512. 120 Bett. Naturgarten.
Stöcker-Hospiz, Saarlandstr. 59, siebentes Haus vom Anhalter Bahnhof. Tel.-Adr.: Missionshospiz Berlin. Fernspr.: F 5 Bergmann 1546. 60 Betten.
Alle Bequemlichkeiten der Neuzeit, Zentralheizung in den Zimmern, Fernsprecher, fließendes Wasser, Bäder. Räume für Sitzungen vorhanden • Die Preise sind zeitgemäß ermäßigt • **Zimmerbestellungen sind direkt bei dem betreffenden Hospiz aufzugeben.**

Für die Festtage nur das Beste:
1933er Reilkirch Goldlay ..... RM. 1.30
Orig.-Abf. Eigenwachstum
1934er Piesporter Goldtröpfchen Auslese „ 1.60
Wachstum Leyendecker
1934er Erdener Treppchen Spätlese .... „ 2.—
Orig.-Abf. St. Ehlen Erben
1934er Wehlener Sonnenuhr feine Auslese „ 2.50
Orig.-Abf. Reuscher
Preis per 1/1 Flasche o. Glas ab Reil. — Ziel 6 Wochen od. 2% Skonto bei sof. Barzahlung. — Ratenzahlungen.
Weingut Josef Schuh, Reil (Mosel)

Luisenstift (Tochteranstalt der ev.-luth. Diakonissenanstalt zu Dresden)
in **Radebeul 2** bei Dresden in freier und schöner Lage.
Altbewährte Erziehungsanstalt für Töchter christlicher Eltern, mit staatlich anerkannter Höherer Mädchenschule. Sorgfältige Erziehung. Gute Verpflegung, gesunde Wohn- und Schlafräume. Schöner, parkartiger Garten mit Spiel- und Tennisplätzen. Aufnahme nach erfüllter Grundschulpflicht.
Oberin: Ilse Freiin von Loewenclau.
Schulleitung: Oberstudiendirektor Pf. Prof. Bischoff.

Ankauf von Juwelen, Perlen, altem Goldschmuck, ganzen Hinterlassenschaften
Bei Einsendung der Gegenstände erfolgt bindendes Angebot postwendend. An uns gerichtete Einschreibsendungen sind durch unsere Versicherung gedeckt, sofern Begleitbrief separat versandt wird.
Vereinigte Juweliere G. m. b. H.
Sy & Wagner gegr. 1819 Berlin W 8
I. H. Werner gegr. 1870 Unter den Linden 12

Rechtsarchiv G. m. b. H. / Fachbuchhandlung / **Berlin W 8, Mohrenstr. 13/14**
Juristische Mietbücherei
Grundgebühr 30 Pfg. Abonnements Leseräume (Tageskarte 50 Pfg.)
Nachweis von Gerichtsentscheidungen gegen mäßige Gebühr
Das Recht des Dritten Reichs. Teil I, Öffentliches Recht
enthält alle wichtigen Gesetze, Verordnungen, Bekanntmachungen / Loseblattform / Preis mit Mappe 13.50 RM (Blatt 6 Pfg.)

6 c. 7. Durchführungsverordnung zum Schuldenregelungsgesetz

Art. 42 Abs. 2 der 7. DurchfVO. z. SchRG.; Art. 21 der 3. DurchfVO. Neufestsetzungen von Altenteilsleistungen nach Art. 21 Abs. 4 der 3. DurchfVO. und Art. 42 Abs. 2 der 7. DurchfVO. z. SchRG. treten für die Beteiligten rückwirkend auf den Tag der Verfahrenseröffnung mit der Bestätigung des Entschuldungsplans (Zwangsvergleichs) in Kraft. LG. Halle: JW. 1935, 3659 Nr. 41

7. Verordnung über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren

Art. 2 Ziff. 1 LandwVollstrSchVO. vom 27. Dez. 1933; vgl. § 31 ZwVerstG. LG. Altona: JW. 1935, 3653 Nr. 33

8. Vollstreckungsmaßnahmeverordnung vom 26. Mai 1933

§ 18 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933; vgl. §§ 807, 899 f. ZPO. LG. Altona: JW. 1935, 3653 Nr. 32

9. Vollstreckungsmißbrauchsgesetz v. 13. Dez. 1934

VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934; vgl. §§ 901, 915 ZPO. LG. Berlin: JW. 1935, 3658 Nr. 39

VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934. Zur Frage der Schutzwürdigkeit des Schuldners. LG. Hamburg: JW. 1935, 3659 Nr. 42

VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934; vgl. §§ 100, 83 ZwVerstG. LG. Hamburg: JW. 1935, 3660 Nr. 43

10. Armenanwaltsgesetz

§§ 1, 4 ArmAnwG.; § 567 ZPO. Keine Beschwerde gegen die auf Antrag des ArmAnw. erfolgte sachliche Stellungnahme des Prozeßgerichts darüber, ob Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins zweckentsprechend erscheint. KG.: JW. 1935, 3646 Nr. 22 (Anm.: Kubisch)

§§ 4. 5 ArmAnwG.; vgl. § 106 ZPO.. KG.: JW. 1935, 3645 Nr. 21 (Anm.: Hn.)

B.

I.

1. Strafgesetzbuch

§ 246 StGB. Fahrpreisunterschlagung durch einen Straßenbahnschaffner, der dem Fahrgast einen bereits verfallenen Fahrschein aushändigt und den empfangenen Betrag zu den amtlichen Geldern legt, in der Absicht, den Betrag für sich zu behalten. RG.: JW. 1935, 3626 Nr. 8 (Anm.: Matzke)

§§ 249 ff., 43 **StGB.** Versuchter schwerer Raub. Mit dem Bruch des Gewahrsams ist schon begonnen, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gefährdet hat. Als Widerstandsüberwindung reicht auch eine nur mittelbar gegen eine Person gerichtete Einwirkung aus, die von dem zu Überwältigenden körperlich empfunden wird, z. B. Einschließen. RG.: JW. 1935, 3630 Nr. 9 (Anm.: Rilk)

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Begriff des Waffenführens. RG.: JW. 1935, 3630 Nr. 9 (Anm.: Rilk)

§ 266 StGB. Ein Gläubiger kann dadurch Untreue gegenüber seinem Schuldner begehen, daß er Grundschulden oder Hypotheken, die der Schuldner ihm zur Sicherung bestellt oder abgetreten hat, für seine eigenen Schulden ohne Wissen des Schuldners verpfändet. RG.: JW. 1935, 3632 Nr. 10 = RGSt. 69, 223

2. Militärstrafgesetzbuch

§ 32 MilStGB. Zur Auslegung des Begriffes „erheblicher Nachteil". RG.: JW. 1935, 3633 Nr. 11 (Anm.: Siegert)

3. Genossenschaftsgesetz

§ 146 GenG. Untreuetatbestand. Nicht der geschäftliche Mißerfolg als solcher ist strafbar, sondern nur eine solche Benachteiligung, die verursacht wird durch eine bewußte Pflichtwidrigkeit, deren Merkmal in der — bewußten — Verletzung der Gebote kaufmännischer Sorgfalt liegt. RG.: JW. 1935, 3634 Nr. 13 (Anm.: Schwinge)

4. Reichsstraßenverkehrsordnung

§§ 2, 14, 36 RStraßVerkO. RG.: JW. 1935, 3624 Nr. 7 (Anm.: Müller)

§§ 23 Abs. 2, 25, 26 Abs. 6 RStraßVerkO. Pflicht des Lastkraftwagenführers, den Rückspiegel zu benutzen; der Eingeholte handelt auch schuldhaft, wenn er aus Unachtsamkeit nicht bemerkt, daß ihm ein schnellerer Verkehrsteilnehmer überholen will. OLG. Dresden: JW. 1935, 3650 Nr. 27

§ 25 RStraßVerkO. Verhältnis zur AusfAnw. v. 29. Sept. 1934. KG.: JW. 1935, 3649 Nr. 26

§ 25 RStraßVerkO.; § 27 Abs. 1 Satz 3 AusfAnw. Längere Bremsstrecke bei Straßennässe. Mißbrauch des Vorfahrtrechtes. OLG. Dresden: JW. 1935, 3651 Nr. 28 (Anm.: Gülde)

§ 25 RStraßVerkO.; vgl. § 24 KraftfVerkVO. OLG. Dresden: JW. 1935, 3651 Nr. 29

Verhältnis zwischen **§ 25** und den **§§ 26 bis 30 RStraßVerkO.** OLG. Dresden: JW. 1935, 3650 Nr. 27

4 a. Ausführungsanweisung zur Reichsstraßenverkehrsordnung

AusfAnw. v. 29. Sept. 1934 zu § 25 RStraßVerkO. KG.: JW. 1935, 3649 Nr. 26

§ 27 Abs. 1 Satz 3 AusfAnw. OLG. Dresden: JW. 1935, 3651 Nr. 28 (Anm.: Gülde)

5. Kraftfahrzeuggesetz

§§ 23, 24 KraftfG. Verhältnis der §§ 23, 24 KraftG. zu §§ 2, 14, 36 RStraßVerkO. RG.: JW. 1935, 3624 Nr. 7 (Anm.: Müller)

6. Kraftfahrzeugverkehrsverordnung

§ 24 KraftfVerkVO., § 25 RStraßVerkO. Eine Geschwindigkeit von 40 km/St. kann an einer nur infolge der Häuserblocks unübersichtlichen Straßenkreuzung nicht ohne weiteres als zu hoch anzusehen sein; ein Vorsprung von 30 m des an sich nicht zur Vorfahrt Berechtigten beseitigt nicht das Vorrecht des andern; der zur Vorfahrt Berechtigte darf grundsätzlich auf ihre Beachtung vertrauen. OLG. Dresden: JW. 1935, 3651 Nr. 29

7. Schußwaffengesetz v. 12. April 1928

§ 25 Abs. 1 Nr. 2 SchußwG. v. 12. April 1928; § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Begriff des Waffenführens. RG.: JW. 1935, 3630 Nr. 9 (Anm.: Rilk)

II.

1. Strafprozeßordnung

§ 172 StPO. Zur Frage der Behandlung einer Beschw., die nicht an den vorgesetzten Beamten der StA., sondern bei der Stelle eingelegt ist, die die angefochtene Entsch. erlassen hat. OLG. Oldenburg: JW. 1935, 3652 Nr. 31 (Anm.: Siegert)

§ 229 StPO. Eine Verletzung des § 229 StPO. macht das in der unterbrochenen Hauptverhandlung ergangene Urteil nur dann angreifbar, wenn es auf der Verletzung beruhen kann. RG.: JW. 1935, 3634 Nr. 13 (Anm.: Schwinge)

2. Reichsgesetz v. 24. Nov. 1933

Art. 5 Nr. 2 RGes. v. 24. Nov. 1933. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist auch dann zulässig, wenn der Täter die dritte Strafe noch zu verbüßen hat. OLG. Jena: JW. 1935, 3651 Nr. 30 (Anm.: K. Schäfer)

3. Deutsch-schweizerischer Auslieferungsvertrag vom 24. Jan. 1874

Zur Auslegung des **Art. 4 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrags v. 24. Jan. 1874.** RG.: JW. 1935, 3633 Nr. 12

C.

1. Tarifverträge

Tarifvertrag. Anordnung des RArbM. vom 28. März 1934 (RGBl. I, 85). Tarifverträge haben von jeher häufig und namentlich im Baugewerbe Auslösungsvorschriften für auswärtige Arbeiter enthalten. Diese Vorschr. sind in der Rechtsprechung stets dahin ausgelegt worden, daß die Auslösung nur den von ihrem ständigen Beschäftigungsort nach auswärts verschickten Arbeitern zugebilligt werden, dagegen denen versagt bleiben sollte, die wenn auch am Sitz des Unternehmens, so doch von vornherein nur für die auswärtigen Arbeiten eingestellt worden sind. RArbG.: JW. 1935, 3662 Nr. 46

1 a. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit

§§ 2, 10, 11, 14, 36 ArbOG. Kündigungsschutz der Vertrauensratsmitglieder. RArbG.: JW. 1935, 1804 Nr. 40. Anm.: W. Franke: JW. 1935, 3663 Nr. 47

§ 5 ArbOG. Bei zeitweiligem Herabsinken der Beschäftigtenzahl endet das Amt des Vertrauensrats nicht; insbes. ist die jahreszeitlich bedingte Betriebseinschränkung in Saisonbetrieben bedeutungslos. RArbG.: JW. 1935, 3664 Nr. 48

§ 32 ArbOG. Eine Tarifvorschrift, die einem auswärts beschäftigten Arbeiter eine Wegeentschädigung zuspricht, ist erfüllt, wenn der tariflich nicht geregelte Akkordlohn in freier Vereinbarung so festgelegt wird, daß er die Wegeentschädigung einschließt. Richtlinien des Treuhänders der Arbeit gehen nicht wie die Vorschriften einer Tarifordnung ohne weiteres in den Inhalt der Arbeitsverträge ein. RArbG.: JW. 1935, 3665 Nr. 49

§§ 56, 57 ArbOG. RVerfA.: JW. 1935, 3675 Nr. 68

2. Schriftleitergesetz vom 4. Okt. 1933

§§ 20 Abs. 1, 14 Ziff. 4, 30 SchriftleiterG. v. 4. Okt. 1933. Durch das SchriftleiterG. wird eine Haftung des Verlegers nicht berührt. RG.: JW. 1935, 3644 Nr. 20 (Anm.: Hoffmann)

3. Verfahrensordnung für die Berufsgerichte der Presse vom 18. Jan. 1934

§ 38 VerfO. für die Berufsgerichte der Presse v. 18. Jan. 1934 (RGBl. I, 40). Die Entscheidung über die Auslagenerstattung kann nur zugleich mit der Entscheidung über die Hauptsache angefochten werden. Eine Beschwerde, die gegen die Ablehnung der Auslagenerstattung nach Ablauf der für die Rechtsbeschwerde gegen die Hauptentscheidung laufenden Frist eingeht, ist daher ohne sachliche Prüfung zurückzuweisen. PreßGH.: JW. 1935, 3674 Nr. 67 (Anm.: Spark)

4. Reichsgewerbeordnung

§ 35 Abs. 5 RGewO. Untersagung des Gewerbebetriebs eines Dachdeckers. PrOVG.: JW. 1935, 3678 Nr. 78

5. Preußisches Straßenbaufluchtliniengesetz

§ 15 PrStraßBaufluchtlG.; § 13 GWG.; §§ 18, 34 PrZustG. Ist das Rechtsverhältnis zwischen Straßenbauunternehmer und Gemeinde durch einen Vertrag über die gesetzlich umgrenzte, durch Ortsstatut bereits geschaffene öffentlich-rechtliche Leistungspflicht geregelt, dann handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag und ist der Rechtsweg ausgeschlossen, Erzwingung der Leistung im Verwaltungsverfahren zulässig. RG.: JW. 1935, 3619 Nr. 4 (Anm.: Reuß)

§ 15 FluchtlG. v. 2. Juli 1875 (GS. 561). Anliegerbeitrag. Durch Pflasterung des an eine öffentliche Straße angrenzenden — von ihr durch einen nachts abgeschlossenen Zaun getrennten — Teiles eines Güterbahnhofgeländes zur Erleichterung des Fuhrverkehrs für An- und Abfahrt von Gütern wird der gepflasterte Teil nicht zu einem selbständigen Grundstück, das das übrige hinter ihm liegende Bahnhofgelände von der Straße zu trennen vermag. PrOVG.: JW. 1935, 3678 Nr. 77

6. Preußisches Zuständigkeitsgesetz

§§ 18, 34 PrZustG. Verträge zwischen Straßenbauunternehmer und Gemeinde. RG.: JW. 1935, 3619 Nr. 4 (Anm.: Reuß)

7. Preußisches Kommunalabgabengesetz

§§ 3, 14 PrKommAbgG. Kommunale Wasserzuleitungsverträge. Rechtsweg. RG.: JW. 1935, 3614 Nr. 3 (Anm.: Rumpf)

(Fortsetzung Seite 7)

8. Wohnungsgesetz vom 28. März 1918

rt. IV § 1 Ziff. 4 WohnG. v. 28. März (GS. 23). Die durch Art. IV § 1 Ziff. 4 mG. v. 28. März 1918 gegebene Ermächtigung der Baupolizei, durch Bauordnung den putz und Anstrich von Wohngebäuden sowie mmuten anderen Bauten und die einheitliche altung des Straßenbildes zu regeln, beinkt sich nicht auf die Bauten an sich, sonerstreckt sich auch auf Reklamevorrichtundie an Bauten lediglich angehängt, angen oder auf andere Weise befestigt sind. VG.: JW. 1935, 3677 Nr. 76

Preußisches Fischereigesetz v. 11. Mai 1916

§§ 36, 5 PrFischG. v. 11. Mai 1916 (GS. 35). Zugehörigkeit zu Fischereigenossenschaften. PrOVG.: JW. 1935, 3682 Nr. 83

10. Preußisches Wassergesetz vom 13. April 1913

§§ 119, 120 PrWassG. v. 13. April 1913 (GS. 53). Uferunterhaltung. § 120 Abs. 5 WassG. enthält eine Sondervorschrift, die in Abweichung von den sonstigen in den §§ 119, 120 a. a. O. getroffenen Bestimmungen die öffentlich-rechtliche Unterhaltung der aus Gebäuden, Mauern und ähnlichen Bauwerken gebildeten Ufer ausschließlich dem Eigentümer dieser Bauwerke überträgt. PrOVG.: JW. 1935, 3683 Nr. 84

11. Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz

§ 14 PrPVerwG. Kraftfahrzeugführer. Entziehung der Fahrerlaubnis. Strafbare Handlungen eines Kraftfahrzeugführers, die z. Z. der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung an ihn gerichteten Verwarnung begangen, werden bei der Polizeibehörde nicht bekannt waren, können zur Begründung einer späteren Entziehung der Fahrerlaubnis verwertet werden. PrOVG.: JW. 1935, 3679 Nr. 79

§ 14 PrPolVerwG. Formell illegale Bauten. Unselbständige polizeiliche Verfügung. Ist ein Bau ohne baupolizeiliche Erlaubnis (formell illegal) errichtet, so kommt es für die Rechtsgültigkeit der eine Änderung des Baues fordernden polizeilichen Verfügung lediglich auf das zur Zeit des Erlasses der Verfügung geltende Recht an. PrOVG.: JW. 1935, 3681 Nr. 82

§ 33 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77): § 21 PrVO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 (GS. 282). Zwangsgeld, Sonderpolizeibehörden, Schonbestimmung für Fristwahrung auch für Kl. im Verwaltungsstreitverfahren. Die Schonbestimmung für Fristwahrung des § 21 Abs. 2 VO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 gilt auch für Kl. im Verwaltungsstreitverfahren gegen polizeiliche Verfügung. PrOVG.: JW. 1935, 3676 Nr. 75

12. Preußische Verordnung zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 (GS. 282)

§ 21 PrVO. z. Vereinfachung und Verbilligung der Verw. v. 3. Sept. 1932 (GS. 282). PrOVG.: JW. 1935, 3676 Nr. 75

13. Dotationsgesetz vom 8. Juli 1875

§ 18 DotationsG. v. 8. Juli 1875 (GS. 497). An dem in der Entsch.: OVG. 86, 298 aufgestellten Rechtssatz, daß nach § 18 DotationsG. kraft Gesetzes alle diejenigen Brücken ohne weiteres auf die Provinzen übergegangen sind, die rechtlich zu den Chausseen gehörten, ist festzuhalten. PrOVG.: JW. 1935, 3680 Nr. 81

14. Gewerbe- und Handelslehrerbesoldungsgesetz vom 16. April 1928

§ 16 Gew.- u. HandelslehrBesoldG. vom 16. April 1928 (GS. 89); § 45 Abs. 1 RBankG. v. 30. Aug. 1924 (RGBl. II, 235). Die Reichsbank ist in Preußen berufsschulbeitragspflichtig als nicht gewerbetreibender Arbeitgeber nach Maßgabe des § 16 Abs. 2 b Gew.- u. HandelslehrBesoldG. PrOVG.: JW. 1935, 3679 Nr. 80

15. Reichsabgabenordnung

§ 4 RAbgO. 1931; § 1 Abs. 1 Nr. 5 und 6 des Bremer Firmen- und GewStG. v. 1924 und § 15 i. d. Fass. des Bremer Ges. v. 5. Dez. 1929 (BremGBl. 1929, 289). Die Vorschriften des Bremischen Firmen- und Gewerbesteuerrechts sind, soweit sie mit den Vorschriften der RAbgO. in Widerspruch stehen, durch das in Bremen am 1. April 1933 in Kraft getretene StAnpG. (VO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 Teil 3 Kap. IV [RGBl. 515, 545]) außer Kraft gesetzt worden. RFH.: JW. 1935, 3672 Nr. 60

§§ 46 Abs. 1, 47 Abs. 1, 75, 78, 229, 261, 263 Abs. 2, 266 Nr. 2, 268, 285 Nr. 1, 287 Nr. 1 RAbgO. n. F. Örtlich zuständig zur Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung ist dasjenige FinGer., zu dessen Bezirk das FinA. gehört, das die mit der Berufung angefochtene Einspruchsentscheidung erlassen hat oder dessen Vorsteher die Einwilligung zur Sprungberufung erteilt hat. RFH.: JW. 1935, 3673 Nr. 61

§ 81 Abs. 1 Nr. 2 RAbgO. n. F.; Zusatzprotokoll z. Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen v. 15. Juli 1931 (Bek. vom 12. Febr. 1934 [RGBl. II, 37, 52]). Hat ein in die Schweiz ausgewanderter deutscher Reichsangehöriger die Reichsfluchtsteuer ordnungsmäßig entrichtet, so ist die Anwendung des Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens v. 15. Juli 1931 (RGBl. 1934, II,

(Fortsetzung Seite 8)

Offene Stellen
Juristen

Wegen Todesfalls
in Berlin im Westen
Anwaltspraxis
Amts- und Landgericht sofort abzugeben. Zuschriften an Frau Hildegard Groß, Berlin W 30, Bamberger Str. 28. B 6, 4477.

Anwaltspraxis
Landgericht) in Berlin (Kurfürstenviertel) abzugeben. Mitteilungen unter **T. 926** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Volljurist
großer Textil-A. G. Württembergs zur Unterstützung des Syndikus gesucht. Mitteilungen über Ausbildungsgang, Zeugnissen, Referenzen u. Lichtbild unter **Qu. 923** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Gesuchte Stellen
Juristen

Praxisübernahme,
Berliner Westen oder Zentrum, gutes Notariat Bedingung, gesucht. Mitteilungen unt. **B. 172** an die Zweigstelle dieses Blattes, Berlin SW 48, Hedemannstraße 14, erbeten.

Anwaltspraxis und Notariat
für Berlin, westlichen Vorort, Potsdam, Brandenburg, zu übernehmen gesucht. Gefl. Mitteilungen unter **O. 914** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Praxisübernahme
von jüngerem ar. Rechtsanwalt mit ersten Referenzen in Berlin gesucht. Mitteilungen unter **B. 202** an die Zweigstelle d. Bl., Berlin SW 48, Hedemannstraße 14, erbeten.

Referendar
(Examen u. Leistungen in der Praxis „lobenswert"), fleißiger Arbeiter, sucht bezahlte Anwaltsstation für die Zeit vom Februar—Juni 1936. Zuschriften unter **R. 924** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erb.

Referendar,
25 J., ledig, mehrere Monate Gerichtspraxis, sucht Anfangsstellung in Industrie, Handel, Versicherung. Mitteilungen unter **S. 925** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erb.

Offene Stellen
Büropersonal

Stenotypist(in),
unbedingt sicher, erfahren im Anwalts- u. Notariatsfach, sofort gesucht. Bewerbungen mit Zeugnisabschriften und Gehaltsansprüchen erbitten
Heyne, Dr. Meyer u. Dr. Heyne, Rechtsanwalts- und Notariatsbüro, Wilhelmshaven.

Notariatsbürovorsteher
gesucht, muß selbst. Verträge entwerfen können, insb. Grundstücksvertr., muß gut Bescheid wissen über Sachenrecht u. alle mit Grundstücksverkäufen zusammenhängenden Fragen (Grunderwerbssteuer, Aufwertungssteuer usw.). Monatsgehalt 150—250 RM., je nach Leistung u. Dienstalter. Meldungen an
Oberbürgermeister der Stadt Gera.

Bürovorsteher o. Bürogehilfe,
strebsamer, selbständiger Arbeiter, für beide Fächer zum 1. Januar 1936 gesucht. Angebote mit selbstgeschriebenem Lebenslauf, Lichtbild, Zeugnissen und Gehaltsansprüchen an
Rechtsanwalt Nitz, Osterode, Ostpr.

Gesuchte Stellen
Büropersonal

Bürovorsteher,
26½, sucht Stellung. Angebote unter **P. 916** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Bürovorsteher,
27 Jahre alt, sucht Stellung. Mitteilungen unter **Qu. 917** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Gewandter Bürovorsteher,
30 J. alt, in Anwaltschaft u. Notariat erfahren, flotter Maschinenschreiber, an selbständiges Arbeiten gewöhnt, sucht Stellung bei Anwalt, Industrie, Versicherung oder dgl. Angebote unter **P. 919** an den Verlag dieses Blattes, Leipzig, erbeten.

Bekanntmachungen verschiedener Art

Abzugeben:
RG.-Entsch. in Zivils. Bd. 1–146 M 300.–
Jahrb. d. Entsch. d. KG. Bd. 20–53 M 80.–
Jahrbuch für Entscheidungen der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 1–3 ..... M 10.–
JW. 1887–1935 (1889 fehlt) ..... M 250.–
Jb. d. dtsch. Rechts, 20 Bde. 1903–21 M 80.–
Deutsche Jur.-Zeitung 1896–1918 M 60.–
Ztschr. d. dtsch. Not.-Ver. 1901–35 M 120.–
Entscheidungen des OLG. 1–23 M 80.–
Urteile des ÖbVerwG. 5 Bde ... M 20.–
Grotefend, GesGebMat. 1806–1935 M 300.–
Justizministerialblatt 1894–1928 M 100.–
Ztschr. f. d. Not. (Rh.-Pr.) 1900–35 M 100.–
Der weitaus größte Teil ist geb., der Erhaltungszust. durchweg gut. Ang. erb. an **E. Anz, Essen (Ruhr),** Lindenallee 65.

ROBEN
für Rechtsanwälte, Richter, Gerichtsbeamte

Das Fachhaus für den
Bürobedarf
der Rechtsanwälte u. Notare
DRESKE & KRÜGER
HANNOVER-W

Die Deutsche
Anwalt- und Notar-Versicherung
Lebensversicherungsverein auf Gegenseitigkeit
ist die Versicherungsanstalt der deutschen Juristen
Früher: Ruhegehalts, Witwen- und Waisenkasse für deutsche Rechtsanwälte u. Notare zu Halle (S.)
Günstige Tarife • Kurbeihilfen
Elzehilfe • Hohe Überschußausschüttungen

37, 52) nicht ausgeschlossen. RFH.: JW. 1935, 3673 Nr. 62

§§ 82, 245, 246 RAbgO.; § 2 der VO. über Vereinfachungen bei der Zusendung von Bescheiden im Besteuerungsverfahren. Bei Zusendung von Bescheiden durch einfachen Brief gilt die Bekanntgabe mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post auch dann als bewirkt, wenn der dritte Tag auf einen Sonn- oder einen Feiertag fällt. RFH.: JW. 1935, 3673 Nr. 63

§ 243 Abs. 3 RAbgO. RFH.: JW. 1935, 3670 Nr. 57

§§ 248, 258, 278, 288 RAbgO. Erklärt der Steuerpflichtige im Berufungsverfahren, er wolle bestimmte, unter Umständen rechtserhebliche Behauptungen nicht mehr geltend machen, so ist es kein Verfahrensmangel, wenn das Finanzger. diese Einwendungen nicht mehr prüft. RFH.: JW. 1935, 3673 Nr. 64

§ 248 RAbgO. Ein Rechtsmittelverzicht vor Erlassung des Steuerbescheides ist nur dann zulässig, wenn sich FinA. und Steuerpflichtiger über Grund und Höhe der Steuer einig sind oder doch nach Lage der Sache die Höhe der Steuer bei der Willensentschließung des Steuerpflichtigen keine Rolle mehr spielt. RFH.: JW. 1935, 3674 Nr. 65

16. Verordnung über Vereinfachung bei der Zusendung von Bescheiden im Besteuerungsverfahren

§ 2 der VO. über Vereinfachungen bei der Zusendung von Bescheiden im Besteuerungsverfahren. RFH.: JW. 1935, 3673 Nr. 63

17. Reichsfluchtsteuerverordnung

§ 3 Abs. 3 Nr. 2 RFluchtStVO. Der Erwerb auf Grund einer Lebensversicherung auf den Todesfall ist dem Gesamtvermögen hinzuzurechnen. Maßgebend ist der Wert im Zeitpunkt des tatsächlichen Anfalls. Nachlaßschuld. Haftungsbeschränkung. RFH.: JW. 1935, 3670 Nr. 56

§ 7 RFluchtStVO. a. F.; § 243 Abs. 3 RAbgO. Bedeutung der polizeilichen Meldung im Recht der Reichsfluchtsteuer; Verböserung. RFH.: JW. 1935, 3670 Nr. 57

§ 7 RFluchtStVO. (a. F.); Art. 1 Ziff. 3 zu 5, Art. 2 Ges. v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 392); Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und Italien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung v. 31. Okt. 1925 (RGBl. 1925, II, 1145). Das Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und Italien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung steht der Erhebung einer Reichsfluchtsteuer nicht entgegen. Wird der Nachweis nach Art. 2 Abs. 1 Ges. v. 18. Mai 1934 nicht bis zum 30. Juni 1934 geführt, so entsteht mit Ablauf der Frist eine neue Reichsfluchtsteuerschuld, für deren Höhe die neuen Vorschriften maßgebend sind. RFH.: JW. 1935, 3671 Nr. 58 = RFH. 38, 140

18. Körperschaftsteuergesetz

§ 13 KörpStG.; § 13 EinkStG. Bei Einbringung von Gegenständen in eine Gesellschaft kann das FinA. von der Gesellschaft verlangen, daß sie den Wertansatz begründet. RFH.: JW. 1935, 3668 Nr. 54

§ 15 Ziff. 8 KörpStG.; §§ 3, 6 Abs. 2 Satz 4 BadGrGewStG. 1926; § 50 b Abs. 1 Ziff. 2 BadGrGewStG. 1932. Gewerbeertragsteuerpflicht einer KommGes. a. A. hinsichtlich der an die persönlich haftenden Gesellschafter bezahlten Tantiemen und Gewinnanteile. BadVGH.: JW. 1935, 3684 Nr. 85

19. Einkommensteuergesetz

§§ 11, 37 EinkStG. 1925. Wenn ein beschränkt steuerpflichtiger Ausländer in Deutschland Einnahmen erzielt hat, die auf Grund des Ges. v. 9. Juni 1933 (RGBl. I, 349) bei der Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden eingezahlt, an den Gläubiger zur Hälfte in Devisen und zur Hälfte in Scrips weitergeleitet wurden, so sind für die Berechnung der Steuer die Scrips nicht mit dem Markennennbetrag, sondern mit dem gemeinen Wert anzusetzen. RFH.: JW. 1935, 3667 Nr. 52

§ 13 EinkStG. RFH.: JW. 1935, 3668 Nr. 54

§§ 30, 32, 58 EinkStG. 1925. Scheidet ein Gesellschafter, der ein negatives Kapitalkonto hat, aus einer OHG. aus, und verzichten die verbleibenden Mitgesellschafter auf Einzahlung des ohnehin uneinbringlichen, dem negativen Kapitalkonto entsprechenden Betrages, so ist in der Verzichtleistung kein steuerpflichtiges Einkommen des ausscheidenden Gesellschafters zu erblicken. RFH.: JW. 1935, 3668 Nr. 53

20. Umsatzsteuergesetz

§§ 1 Nr. 1, 8 Nr. 1 UmsStG. 1926 und 1932; §§ 1 Nr. 1, 5 Nr. 1 UmsStG. 1934. Wird ein Geschäft, das eine in sich geschlossene wirtschaftliche Einheit bildet, als ganzes veräußert, so ist Gegenstand der Veräußerung nicht die Summe der Aktiven, sondern der Unterschied zwischen den Aktiven und den Passiven. Sind unter den Geschäftsaktiven solche, deren Umsatz auf Grund von Befreiungsvorschriften des UmsStG. steuerfrei zu bleiben hat, so ist umsatzsteuerpflichtiges Entgelt der Teil des gewährten Entgelts, der den der Umsatzbesteuerung unterworfenen Aktiven im Verhältnis zu den gesamten Aktiven entspricht. RFH.: JW. 1935, 3668 Nr. 55 (Anm.: Werner)

21. Preußisches Stempelsteuergesetz

§ 1 Abs. 2 Satz 3, TarNr. 18 Ziff. 2 PrStempStG. Empfangsbescheinigungen, in denen jemand anerkennt, von der Bank ein Heft mit Scheckvordrucken erhalten zu haben und sich mit den abgedruckten Bestimmungen einverstanden erklärt, unterliegen regelmäßig nicht dem allgemeinen Vertragsstempel. RFH.: JW. 1935, 3672 Nr. 59

22. Badisches Grundgewerbesteuergesetz

§§ 3, 6 Abs. 2 Satz 4 BadGrGewStG. 1926; § 50 b Abs. 1 Ziff. 2 BadGrGewStG. 1932. BadVGH.: JW. 1935, 3684 Nr. 85

§ 4 Abs. 1 Ziff. 2 GrGewStG. 1926 und 1932; § 74 VollzVO. hierzu. Begriff des Unternehmers. Für die Zugehörigkeit von Betriebsanlagen zum steuerpflichtigen Betriebsvermögen ist das Eigentum nicht entscheidend. Betriebsrisiko und geschäftliche Selbständigkeit. Absicht auf Gewinnerzielung bei einem den öffentlichen Interessen dienenden Verband (Körperschaft des öffentlichen Rechts). BadVGH.: JW. 1935, 3686 Nr. 86

23. Sächsisches Gewerbesteuergesetz

§ 11 Abs. 3 SächsGewStG. Wenn ein sächsisches Unternehmen außerhalb Sachsens eine Betriebsstätte unterhält, so ist bei Berechnung des Zuschlags zur Ertragsabgabe nach § 11 Abs. 3 SächsGewStG. nur der Ertrag der sächsischen Betriebsstätte dem sächsischen Anlage- und Betriebskapital gegenüberzustellen. SächsOVG.: JW. 1935, 3688 Nr. 88

24. Landeswertzuwachssteuerverordnung

Art. I § 14 Nr. 3 LandesWZuwStVO. Arbeiten, die im Zusammenhange mit dem Erwerb eines verwahrlosten Grundstücks dazu dienen, es in einen gebrauchsfähigen Zustand zu versetzen, sind dauernde besondere Verbesserungen i. S. von Art. I § 14 Nr. 3 LandesWZuwStVO. SächsOVG.: JW. 1935, 3688 Nr. 89

25. Anhaltinisches Gewerbesteuergesetz vom 19. April 1933

§§ 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 AnhaltGewStG. vom 19. April 1933 (AnhaltGS. 25). Heranziehung einer landwirtschaftlichen Brennerei zur anhaltischen Gewerbekapitalsteuer. RFH.: JW. 1935, 3674 Nr. 66

26. Reichsversicherungsordnung

§ 28 RVO. Für die Einziehung von Ersatzkassenbeiträgen ist der ordentliche Rechtsweg unzulässig. LG. Hamburg: JW. 1935, 3660 Nr. 44

§ 189 Abs. 1 RVO.; §§ 56, 57 ArbOG. Zum Arbeitsentgelt i. S. des § 189 Abs. 1 RVO. gehört nicht eine dem Versicherten nach der Beendigung des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses gewährte Abgangsentschädigung. RVersA.: JW. 1935, 3675 Nr. 68

§ 214 RVO. ist nach § 19 Abs. 1 AusfVorschr. v. 2. Aug. 1932 zur ADVO. v. 16. Juli 1932 (RGBl. I, 160) auf aus dem freiwilligen Arbeitsdienst Ausgeschiedene entsprechend anwendbar. RVersA.: JW. 1935, 3675 Nr. 69

§ 420 Abs. 2 RVO. ist sinngemäß anwendbar, wenn der auf ein Jahr abgeschlossene Arbeitsvertrag vorzeitig gelöst worden ist. RVersA.: JW. 1935, 3675 Nr. 70

§§ 1263 Abs. 1 Ziff. 3, 1266 Abs. 1 Ziff. 2 RVO. Kriegsdienstzeiten i. S. dieser Vorschriften gelten als Ersatzzeiten für die Erhaltung der Anwartschaft auch im Falle der Selbstversicherung und Weiterversicherung. RVersA.: JW. 1935, 3676 Nr. 71

§§ 1531, 1543 a RVO.; § 123 Abs. 1 Satz 2 ArbVermG. Der Ersatzanspruch aus § 1531 RVO. ist auch dann gegeben, wenn ein Träger der Armenfürsorge nach gesetzlicher Pflicht einen Hilfsbedürftigen für eine Zeit unterstützt, für die letzterer auf Grund des § 123 Abs. 1 Satz 2 ArbVermG. einen Anspruch gegen eine Ersatzkasse hat. RVersA.: JW. 1935, 3676 Nr. 72

27. Angestelltenversicherungsgesetz

§ 3 AngVersG. Dienstkleidung, die der Arbeitgeber stellt, zählt dann zum versicherungspflichtigen Entgelt, wenn der Arbeitnehmer dadurch Ausgaben erspart. RVersA.: JW. 1935, 3676 Nr. 73

28. Arbeitsvermittlungsgesetz

§ 88 ArbVermG.; § 182 Abs. 1 Satz 2 RVO. Feststellung der Arbeitsunfähigkeit eines nach dem ArbVermG. versicherten Arbeitslosen für den Bezug der Leistungen der Krankenversicherung. Feststellung des Berufes. RVersA.: JW. 1935, 3676 Nr. 74

D.

1. Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und Italien vom 31. Okt. 1925 (Doppelbesteuerung) RFH.: JW. 1935, 3671 Nr. 58 = RFH. 38, 140

2. Zusatzprotokoll zum Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 15. Juli 1931. RFH.: JW. 1935, 3673 Nr. 62

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertr.: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20
Für die Anzeigen verantwortl. in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. — Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Pl. 3. DA. III. Vj. 35: 21016